

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DES

Effets du Jugement déclaratif de Faillite

OU DE

LIQUIDATION JUDICIAIRE

SUR LES MESURES DE PUBLICITÉ

AUTRES QUE LES

INSCRIPTIONS DE PRIVILÈGES & D'HYPOTHÈQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le 13 Janvier 1910

PAR

Anatole BEDIN

VILLEFRANCHE

IMPRIMERIE AURAY FILS ET L. DESCHIZEAUX

1909

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DES

Effets du Jugement déclaratif de Faillite

OU DE

LIQUIDATION JUDICIAIRE

SUR LES MESURES DE PUBLICITÉ

AUTRES QUE LES

INSCRIPTIONS DE PRIVILÈGES & D'HYPOTHÈQUES

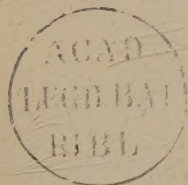
THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le 13 Janvier 1910

PAR

Anatole **BEDIN**



VILLEFRANCHE

IMPRIMERIE AURAY FILS ET L. DESCHIZEAUX

1909

A MES PARENTS,

A MES SOEURS.

UNIVERSITÉ DE LYON. FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. ✱, I. ☞, Doyen honoraire, professeur de Droit civil, correspondant de l'Institut.

MABIRE, ✱, I. ☞, professeur honoraire.

THALLER, ✱, I. ☞, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ☞, professeur honoraire.

FLURER, I. ☞, Doyen, professeur de Droit civil.

GARRAUD, I. ☞, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. ☞, professeur de Droit romain.

COHENDY, O. ✱, I. ☞, professeur de Droit commercial.

PIC, I. ☞, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. ☞, professeur de droit administratif.

LAMBERT, A. ☞, professeur d'Histoire générale du droit français.

BOUVIER, I. ☞, professeur de science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, A. ☞, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, A. ☞, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

BROUILHET, A. ☞, professeur d'Économie politique.

HUVELIN, A. ☞, professeur de Droit romain.

LEVY, A. ☞, professeur de procédure civile.

GONNARD, A. ☞, professeur d'Histoire des doctrines économiques et d'Économie politique.

BOUVIER-BANGILLON, I. ☞, professeur de Procédure civile.

BECQ (J.), I. ☞, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

Président : M. COHENDY, professeur.

Assesseurs { M. JOSSERAND, professeur.
 { M. BOUVIER-BANGILLON, professeur.

BIBLIOGRAPHIE

- ALAUZET. — Commentaire du code de commerce et de la législation commerciale.
- AUBRY et RAU. — Droit civil français.
- BÉDARRIDE. — Traité des faillites et banqueroutes t. I.
- BOISTEL. — Cours de droit commercial.
- BAUDRY-LACANTINERY et DE LOYNES. — Privilèges et hypothèques.
- BRAVART-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. — Traité de droit commercial, 2^e édit. tomes V et VI.
- CHATEAU. — De l'hypothèque légale de la masse dans la faillite (thèse).
- COHENDY et DARRAS. — Code de commerce annoté.
- COUANT. — Des créanciers chirographaires considérés comme tiers (thèse).
- DALLOZ. — Répertoire alphabétique.
- DELCOURT. — De l'effet des actes juridiques vis-à-vis des tiers.
- DEMOLOMBE. — Traité de droit civil.
- ESNAULT. — Traité des faillites et banqueroutes.
- FAYARD. — Des effets du jugement déclaratif de faillite (thèse).
- FOUILLEUL. — Thèse sur la constitution en gage des fonds de commerce.
- FUZIER et HERMAN. — Répertoire de droit français. Voir faillites; gage.
- FOURCADE. — Sur les effets de la cessation des paiements en matière de faillite (thèse).
- GARSONNET. — Traité théorique et pratique de procédure.
- GARSONNET. — Traité élémentaire des voies d'exécution. 3^e édit., revue par L. Josserand.
- GÉTHALS. — Sur la détermination de la date de cessation des paiements (thèse).

- GRIGNON. — Sur le dessaisissement du débiteur failli (thèse).
- GUILLOUARD. — Privilèges et hypothèques.
- LAURENT. — Principes de droit civil, tome 16.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial. Tomes VII et VIII.
- PARDESSUS. — Cours de droit commercial, tome V.
- PERCEROU. — Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, tome I (dans le traité général théorique et pratique de droit commercial par Thaller).
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil.
- POISSONNET. — Effets du jugement déclaratif sur les inscriptions de privilèges ou d'hypothèques prises avant ou après la faillite (thèse).
- POUILLET. — Traité des brevets d'invention.
- PONT et MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du code Napoléon.
- RENOUARD. — Traité des faillites et banqueroutes.
- THALLER. — Des faillites en droit comparé.
- THALLER. — Traité élémentaire de droit commercial.
- TROPLONG. — Traité de la transcription.
- WAHL. — Traité des titres au porteur, tome II.

REVUES & PUBLICATIONS DIVERSES

Bulletin de la Société d'Etudes législatives année 1903.

Journal des Faillites, année 1891.

Journal Officiel, février, mars et avril 1909.

Revue critique de législation et de jurisprudence, année 1906. — Voir article de M^r Hubert : « De l'effet « du jugement déclaratif de faillite ou de liquidation « judiciaire sur les formalités de publicité autres que « l'inscription de privilège et d'hypothèque. »

Commission extra parlementaire du cadastre n^o 7, années 1893 à 1900 et fascicule 9 de 1900 à 1906.

Avant projet sur les institutions des livres fonciers.

INTRODUCTION

Le législateur a inséré dans le Code de commerce, au titre de la Faillite, diverses nullités, afin de sauvegarder les intérêts de la masse : chacune d'elles est soumise à des conditions spéciales d'exercice, et, les cas auxquels elles s'appliquent sont souvent délicats à déterminer.

A ce dernier point de vue, l'art. 448-1^{er} alinéa est un des plus curieux ; il soulève un problème dont la solution est importante à connaître, à raison du grand nombre d'actes dont elle règlera le sort.

Ce texte déclare que « les droits d'hypothèque et « de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite ». Cette disposition atteint-elle dans leur publicité tous les privilèges de notre droit, comme ceux des architectes, du copartageant, du vendeur, de la séparation des patrimoines ? De même aussi, toutes les garanties qualifiées hypothèques par la loi elle-même ?

Il s'élève au sujet de ces questions de nombreuses controverses ; mais nous laisserons volontairement de côté leur étude, pour nous consacrer à celle d'un

autre problème, que la simple lecture de l'art. 448-1^{er} alinéa ne permet pas d'entrevoir immédiatement. En voici les données.

Outre l'inscription de privilège et d'hypothèque dont parle notre texte, on relève dans notre droit d'autres mesures de publicité, très importantes par leur étendue et leur nombre et dont il faut régler le sort lorsqu'elles n'ont pas été remplies avant le jugement déclaratif de faillite. C'est tout d'abord dans les transferts de propriété, la transcription pour les immeubles, la mutation en douane pour les navires, la signification pour les créances, l'enregistrement des brevets d'invention à la préfecture du lieu de la cession, et d'autres encore, dont nous aurons à examiner plus tard la valeur au point de vue de la publicité : sans elles, aucun de ces actes ne serait opposable aux tiers.

De même dans les sûretés réelles (abstraction faite des privilèges et des hypothèques), les personnes qualifiées tiers par rapport à ces diverses garanties, sont averties par la mise en possession, la signification, l'endossement ou le transfert de garantie, la transcription d'antichrèse ou d'impignoration de loyers ou fermages non échus, l'inscription de nantissement de fonds de commerce.

Que décider pour toutes ces formalités de publicité ? Bien que l'art. 448-1^{er} al. n'en parle pas, faut-il leur appliquer sa disposition ? On bien au contraire, le silence de ce texte ne nous oblige-t-il pas à chercher un principe, qui nous permette de résoudre le problème. d'autant plus qu'il s'agit ici d'une déchéance ?

Tel est le point à examiner.

Mais il importe de faire observer que les actes à publier devront être valables pour que la question de publicité se pose. Beaucoup d'actes en effet sont frappés d'une déchéance qui entraîne leur nullité même *inter partes*.

Ce sont en premier lieu les actes consentis postérieurement au jugement déclaratif : pour eux, il n'y a pas de doute : ils sont en dehors de notre hypothèse : car de deux choses l'une ; ou ils ont été accomplis par le failli au mépris du dessaisissement (art. 443), qui lui enlevait tout pouvoir de disposition sur les biens compris dans la faillite, et alors ils sont radicalement nuls ; ou c'est le syndic qui les a passés, et dans la limite de ses pouvoirs, ces actes sont valables et devront être publiés d'après la loi.

Avec les actes antérieurs à l'ouverture de la faillite, la question devient plus épineuse ; le futur failli auquel on n'a pas encore enlevé l'administration de ses biens, est toujours en possession : il a donc pu constituer une sûreté réelle, ou aliéner à titre onéreux ou à titre gratuit une partie de son patrimoine.

Mais le législateur a prévu que le commerçant sur le point d'être déclaré en faillite, serait tenté de frustrer ses créanciers, et c'est afin d'empêcher ces abus, qu'il a organisé tout un système de nullités avec les art. 446, 447 et 448-2^e al. ; il s'est appuyé pour cela sur une présomption de fraude de la part du commerçant.

Notons en passant la nullité de l'art. 448-2^e al., en vertu de laquelle les inscriptions de privilèges et d'hypothèques sont annulables quand il s'est écoulé plus de quinze jours entre l'acte de constitution et l'ins-

cription prise pendant la période suspecte ou dans les dix jours qui l'ont précédée. Il s'élève au sujet de cet alinéa une question analogue à celle que nous examinons pour le 1^{er} alinéa; faut-il étendre cette déchéance aux autres formalités de publicité que l'inscription de privilège et d'hypothèque? Nous en renvoyons l'étude dans un appendice, que nous placerons à la fin de notre ouvrage, dont voici d'ailleurs le plan :

Dans une première partie, nous essaierons de déterminer, au point de vue théorique, la notion du dessaisissement, notion essentielle à définir pour la solution de notre problème.

Dans une deuxième partie, nous étudierons en détail les solutions données par la jurisprudence pour le groupe des transferts de propriété : et, nous plaçant au point de vue législatif, nous verrons quelles réformes seraient à apporter au système actuel.

Dans une troisième partie, nous envisagerons les sûretés réelles, en formulant quelques critiques sur la jurisprudence actuelle.

Enfin dans un appendice, nous verrons s'il est possible d'appliquer le deuxième alinéa de l'art. 448 aux autres formalités de publicité que l'inscription de privilège et d'hypothèque.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Principe devant servir à la solution de notre problème

En présence de la similitude des cas prévus par le 1^{er} al. de l'art. 448 et de ceux qui font l'objet de notre étude, on élargirait volontiers le cadre d'application de ce texte ; la tentation serait, surtout forte pour la transcription d'une donation d'immeubles, où les tiers sont avertis par le même système de publicité que pour les privilèges et les hypothèques : même bureau pour la conservation des registres même officier public pour opérer les formalités. Il n'y aurait qu'un pas à faire.

Plusieurs raisons décisives nous arrêtent dans cette voie. En se reportant au vote de la loi du 28 mai 1838, d'où est sorti l'art. 448 actuel, on voit qu'à aucun moment le législateur n'a songé qu'il existait d'autres

modes de publicité s'appliquant à d'autres actes que les privilèges et les hypothèques, et dont il fallait régler le sort après la déclaration de faillite.

Enfin et surtout, notre disposition édicte une déchéance ; car si un créancier a obtenu valablement de son débiteur une hypothèque, c'est un droit pour lui de faire inscrire son titre sur un registre public ; or, voici tout à coup un événement extraordinaire, la faillite de son débiteur, qui met obstacle à la réalisation de ce droit. Devant de telles conséquences, il faut restreindre l'application de cet article ; l'étendre serait tout à fait contraire au principe d'interprétation des dispositions prohibitives, principe d'après lequel on doit s'en tenir aux termes stricts de la loi, c'est-à-dire en l'espèce « à l'inscription des privilèges et des hypothèques. »

Puisque la portée de l'art. 448-1^{er} alinéa ne dépasse pas certaines sûretés réelles, il nous faut chercher un principe qui, une fois que nous l'aurons découvert et analysé, nous permette de répondre aux questions que nous nous sommes posées.

Sur ce point, l'étude théorique du fondement de l'art. 448-1^{er} al. va nous éclairer. Car ce texte n'est en réalité qu'une application particulière, du principe édicté dans l'art. 443 : en vertu de cette dernière disposition, le jugement déclaratif entraîné pour le débiteur failli dessaisissement de l'administration de tous ses biens

Au point de vue historique, cette idée de faire passer au syndic la gestion du patrimoine du commerçant ne date que de 1807. Auparavant, c'est-à-dire dans l'ancien droit français, les droits de poursuites

individuelles de chaque créancier étaient réunis entre les mains du syndic, et c'est lui qui les exerçait au nom de tous contre le négociant, mais celui-ci demeurerait investi indéfiniment et librement de l'administration de ses biens ; aussi en profitait-il souvent pour détourner certains objets de l'actif, au grand préjudice de ses créanciers. C'est afin de remédier à de tels inconvénients que le législateur introduisit dans le code de commerce l'art. 443.

On voit immédiatement une des conséquences de ce nouvel état de choses ; c'est la transformation des rapports entre les créanciers chirographaires et leur débiteur. Vis à vis des biens dont on lui a enlevé la gestion, le failli ne peut plus rien faire qui nuise à ses créanciers. Ceux ci qui, jusque-là étaient ses ayants cause, sont devenus des tiers par le fait du dessaisissement. Le syndic sera désormais le représentant attitré de la masse. C'est lui qui exercera les droits propres aux créanciers, c'est-à-dire les droits que leur nouvelle qualité de tiers leur ont conférés : tel est le cas du syndic poursuivant la nullité d'un acte accompli par le commerçant après l'ouverture de la faillite, ou encore faisant annuler une inscription de privilège ou d'hypothèque prise après le dessaisissement. L'art. 448-1^{er} al. n'est donc qu'une application de cette idée : il fait de la masse, à partir du jugement déclaratif, un tiers par rapport aux privilèges et aux hypothèques consentis auparavant mais non encore inscrits.

Tout ce que nous venons de dire est incontestable, et rien de plus simple que ce changement survenu à la suite de la faillite, dans les relations des créanciers

chirographaires et de leur débiteur : ce dernier ne leur donnant pas satisfaction a été mis dans l'impossibilité de distraire son actif, tandis que la masse acquerrait sur ces mêmes biens un droit « actuel et irrévocable », qui lui confère la qualité de tiers : cette qualité, comme nous le verrons plus tard en nous occupant du deuxième alinéa de l'art. 448, réagira même dans le passé, pour constituer ce qu'on appelle la période suspecte.

Mais il ne suffit pas de dire que la masse en sa qualité de tiers, jouit d'un droit propre sur l'actif de la faillite. Reste à définir la nature de ce droit résultant du dessaisissement ? Est-ce un droit réel datant du jugement déclaratif de faillite et portant sur tous les biens, meubles et immeubles ? Ou bien n'y a-t-il pas de droit réel hormis celui édicté par l'art. 490 C. com., datant de l'inscription de l'hypothèque légale et ne portant que sur les immeubles, et dans ce cas, vis à vis des mesures de publicité relatives aux meubles, la masse n'est-elle qu'un tiers rentrant dans la définition la plus générale de ce terme, c'est-à-dire une simple intéressée ?

Cette question a son importance pour les cas que nous aurons à examiner plus tard, pour les mesures de publicité concernant soit les transferts de propriété, soit les sûretés réelles autres que les privilèges et les hypothèques ; afin de la résoudre, nous exposerons les différentes théories émises sur la matière du dessaisissement.

CHAPITRE II

Théories sur le dessaisissement

Première explication. — A titre de mémoire seulement, nous rappellerons que certains auteurs avaient proposé de justifier l'indisponibilité du débiteur à l'égard des biens composant l'actif, par une sorte d'incapacité dans le genre de celles qui frappent l'interdit et la femme mariée dotalement. Ce serait donc la personne du failli qui serait atteinte.

Rien de plus faux qu'une telle explication, car les actes que le failli consent après le dessaisissement ne sont pas nuls comme le seraient ceux d'un interdit ; ils subsistent, mais ils sont inopérants à l'égard de la masse. Cela est tellement vrai, que si le négociant fait dans la suite de meilleures affaires, les créanciers postérieurs à la déclaration de faillite pourront le poursuivre.

Enfin toute incapacité a pour but de protéger la personne qui en est frappée ; or ici les intérêts qu'on a voulu sauvegarder, sont ceux de la masse.

2^e Explication. — Une autre théorie la plus généralement répandue, déclare que le dessaisissement procède de l'Action Paulienne ; on sait que d'après l'art. 1167 du Code civil, les créanciers chirographaires peuvent attaquer les actes faits par leur débiteur

en fraude de leurs droits. Il en serait de même, paraît-il, dans la faillite. Seulement tandis que dans l'Action Paulienne le créancier est obligé de prouver l'existence de la fraude et la connivence avec le tiers, ici il y aurait une présomption de fraude, légale et irréfragable, à l'égard de tous les actes accomplis par le failli après le jugement déclaratif « *Fallitus, ergo fraudator* ». Ainsi l'art. 1167 c. civ. est simplifié et étendu dans son cercle d'action.

Avec une telle explication, on saisit immédiatement toute la parenté qui unit la période suspecte à celle qui suit le dessaisissement ; on passe insensiblement de l'une à l'autre. Car elles ont toutes deux le même but : protéger le syndicat des créanciers contre les détournements du failli. Pourquoi n'auraient-elles pas la même base juridique ? Pourquoi la seconde période, celle qui suit la déclaration de faillite, ne serait-elle pas la continuation de la période suspecte avec accentuation de l'idée de fraude qui a présidé à l'organisation de la première ? Or les art. 446, 447 c. com. qui règlent le sort des actes faits après la cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée, ouvrent des actions dans le genre de l'Action Paulienne, mais où la preuve est rendue plus facile, puisque la loi pose une présomption de fraude à la base de tous les actes passés par le failli après le dessaisissement. Cette présomption est tellement absolue qu'une seule condition est requise pour que l'acte soit nul, c'est qu'il soit postérieur au jugement déclaratif.

En faveur de cette thèse, on a tiré argument de ce qui se passe au cas de saisie immobilière. Le dessaisissement rappellerait la transcription de cette saisie ;

car il empêche le failli d'engager son patrimoine au préjudice de ses créanciers, or de même, le saisi n'a plus le droit d'aliéner l'immeuble saisi à partir de la transcription, en vertu de la défense qui lui en est faite par l'art. 686 du C. de Proc. civile. Le saisissant devient un tiers comme la masse de la faillite. Mais comment expliquer l'effet de cette disposition ! Il y aurait à la base de cette nullité une présomption de fraude, et toutes les aliénations qui seraient consenties par le saisi après la transcription seraient infailliblement frappées.

Il s'élève ici une divergence entre les auteurs, sur la portée que doit avoir l'art. 686.

D'après l'explication de MM. Garsonnet et Josserand (1), il faut étendre l'art. 686 C. de Proc. civ. aux constitutions d'hypothèques ; les mêmes motifs qui ont fait édicter la nullité des aliénations existent pour elles ; lorsqu'un débiteur consent une hypothèque après la transcription de la saisie, il poursuit le même but que dans une aliénation ; il veut frustrer ses créanciers. En poursuivant ce point de vue dans ses dernières conséquences, on défendrait au saisi, même de consentir des obligations chirographaires ; la prohibition de l'art. 686 serait donc relative au fond même du droit.

Selon MM. Aubry et Rau (2), ce texte vise surtout une fraude de procédure. Il s'agit d'empêcher le dé-

(1) GARSONNET : *Traité élémentaire des voies d'exécution*, 3^e édition, revue par M. Josserand, p. 184, note 2 et p. 191, c.

(2) AUBRY ET RAU : *Cours de droit civil français*, t. II, p. 314. § 209, note 95 et surtout t. IV, p. 346.

biteur d'aliéner l'immeuble et d'obliger ainsi le saisissant à recommencer les poursuites; le saisi aurait de la sorte un excellent moyen d'entraver la marche de la procédure. Toute liberté est laissée au saisi et d'hypothéquer son immeuble saisi et de consentir des obligations chirographaires, sauf l'exercice de l'action Paulienne que le saisissant aura toujours à sa disposition pour faire tomber les engagements de son débiteur.

En tous cas quelque soit celui des deux systèmes qu'on adopte, la transcription de la saisie immobilière ne confère pas de droit réel sur l'immeuble au profit du saisissant, et par suite elle n'arrête pas le cours des inscriptions d'hypothèques antérieures à la saisie, ni les transcriptions d'aliénations consenties auparavant et ayant acquis date certaine ! (1) Or la généralité de la saisie qui est un des caractères spéciaux à la faillite, n'enlève pas à cette procédure les marques d'une saisie ordinaire : un droit pour être plus ou moins étendu, ne change pas de nature pour cela ; le dessaisissement est partiel dans une saisie, tandis qu'il est général dans la faillite. Nous pouvons donc par analogie conclure que le jugement déclaratif de faillite n'engendre pas de droit réel au profit de la masse (2).

(1) AUBRY ET RAU : Cours de droit civil français, t. II, § 209, lettre C notes 95 et 96; et t. IV, p^e 347.

(2) En ce sens : LYON-CAEN ET RENAULT : Traité de droit commercial, t. VII, n^{os} 296 et 299. — BOISTEL : Cours de droit commercial, n^o 919. — AUBRY ET RAU : Op. cit., t. II, § 209, notes 92 et 93.

Quant à l'hypothèque légale de l'art. 490 c. com., elle constitue l'autre caractère distinctif de la faillite. Suivant la majorité des auteurs, il est plus conforme au droit positif de ne l'appliquer qu'aux immeubles, et de ne rendre opposable aux tiers le droit réel qu'elle engendre que du jour de son inscription sur les registres publics.

Cette théorie qui explique le dessaisissement par l'idée de présomption légale de fraude est adoptée par la jurisprudence. Nous en verrons les conséquences en étudiant en détail les diverses formalités de publicité ne rentrant pas dans le cadre de l'art. 448, 1^{er} al. Qu'il nous suffise pour l'instant de conclure, en disant que la masse a dès le jugement déclaratif de faillite un intérêt suffisant pour repousser les mesures de publicité non encore remplies et ne concernant pas les immeubles : vis-à-vis de ces derniers, la masse ne sera un tiers que du jour de l'inscription de l'hypothèque légale.

3^e *Explication*. — Nous arrivons enfin à la théorie du dessaisissement engendrant un droit réel au profit de la masse.

Elle a été imaginée par M. Troplong (1), il y a quelque cinquante ans ; mais elle n'eut pas de succès dans la doctrine, et longtemps elle resta presque inconnue.

Ce fut M. Thaller qui l'a mise en évidence dans ces dernières années. Il l'a reprise et développée avec ori-

(1) TROPLONG : Traité de la transcription, p. 149.

ginalité dans son « *Traité élémentaire de droit commercial* (1). »

Enfin tout récemment, M. Percerou (2) a poussé hardiment cette théorie dans ses dernières conséquences, et il a su l'étayer sur une argumentation très solide. Aussi nous inspirerons-nous fréquemment de l'ouvrage de cet auteur pour l'exposé d'ensemble que nous allons faire, de cette explication.

Le dessaisissement, d'après ces auteurs, entraîne une mainmise générale sur tous les biens du failli, avec naissance au profit de la masse d'un droit réel ; ce dernier ne serait qu'un droit de gage général des créanciers (art. 2092, c. civ.) mais précisé et renforcé par le commencement d'exécution qu'il a reçu ; ce caractère nouveau va lui permettre d'atteindre « réellement » chacun des biens de l'actif. Ainsi la masse aura dès le jugement déclaratif un droit réel sur les biens de la faillite, et non pas seulement à partir de l'inscription de son hypothèque. La naissance d'une hypothèque au profit de la masse pendant la faillite, par la vertu providentielle d'une inscription est en contradiction avec l'effet du dessaisissement qui se produit de plein droit au moment du jugement déclaratif.

Voici les arguments en faveur de cette thèse.

L'application de ce droit réel de gage général à chacun des biens de l'actif, à la suite du dessaisissement est en harmonie avec la nature des choses. Au

(1) Voir p. 842 et suiv.

(2) Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, par J. Percerou, t. 1, p. 106 et suiv.

moyen du syndic, les créanciers « prennent possession » des biens pour se payer de leurs créances. Cette prise de possession jointe à l'*animus domini* a été employée autrefois pour acquérir un droit réel de gage sur une chose même immobilière. Et à l'heure actuelle c'est encore le moyen légal de constituer une sûreté réelle sur des meubles corporels.

Que ce droit réel de gage existe sur les meubles, c'est incontestable. Le fait du syndic entrant dans les meubles du failli, n'est-ce pas la prise de possession exigée par les art. 2076 c. civ. et 92 c. com. pour que la validité du gage mobilier existe à l'égard des tiers ? Ce point de vue explique très bien le cas du créancier gagiste dont le contrat est antérieur à la faillite mais qui n'a pas été mis en possession auparavant ; on sait que la masse lui sera préférée ; car c'est elle qui a reçu la possession et de deux créanciers dont le gage porte sur les mêmes objets, celui qui l'emportera, ce sera le possesseur du meuble.

Une objection s'offre à ce nouveau système : la faillite est une saisie, et quoique générale elle ne produit pas plus d'effet qu'une saisie exécution : or celle-ci ne confère pas de droit réel au bénéficiaire du saisissant, (comme on l'a démontré plus haut dans la deuxième justification du dessaisissement) (1).

On répond qu'on ne doit pas assimiler le dessaisissement à la saisie. Dans la faillite, les créanciers poursuivants entrent en possession des meubles, tandis que dans la saisie exécution, le débiteur conserve

(1) Voir p. 22.

l'administration des biens, dont il est nommé le gardien. — Quant aux effets, la différence entre les deux procédures est encore plus marquée; dans la saisie, les biens ne restent pas indisponibles entre les mains du débiteur, (sauf la prohibition de l'art. 686, qui a été édictée pour une raison de procédure). Les créanciers postérieurs à la saisie, et les créanciers antérieurs à fortiori, ont le droit de participer sur un pied d'égalité avec le saisissant à la distribution par contribution. Rien de semblable dans la faillite; les créanciers postérieurs au jugement déclaratif ne seraient pas reçus à prendre leur part dans les dividendes. D'ailleurs pour refuser un droit réel au cas de saisie, on avait de bons motifs; c'était créer au profit du saisissant un privilège puisque toute saisie est individuelle. Aucun résultat de ce genre n'est à craindre avec la faillite, qui est une procédure collective, où c'est la masse des créanciers chirographaires qui poursuit; la naissance d'un droit réel à son profit ne peut entraîner aucun inconvénient semblable.

La question est beaucoup plus délicate pour les immeubles. Puisque nous venons d'admettre que le désaisissement crée un droit réel sur les meubles, pourquoi ce même droit ne s'étendrait-il pas *de plano* sur les immeubles ?

En s'appuyant sur les effets de la transcription d'une saisie immobilière, les adversaires de la théorie du droit réel, contestent la naissance d'un tel droit au profit de la masse; le saisissant n'en a pas, et comme la faillite n'est qu'une saisie générale, le syndicat de créanciers ne saurait être avantagé.

Contre cette objection, nous nous servirons des mêmes arguments que ceux déjà indiqués pour la saisie exécution. Tout d'abord à la différence de ce qui se passe dans la saisie immobilière, le syndic de faillite entre toujours en possession de l'immeuble.

— Ensuite la saisie immobilière ne rend pas les biens totalement indisponibles comme le dessaisissement ; c'est là une différence caractéristique entre les effets des deux procédures : elle marque bien l'opposition de nature juridique qui les sépare l'une de l'autre. La loi en fournit un exemple frappant. Pourquoi a-t-elle édicté le premier alinéa de l'article 448, en vertu duquel le jugement déclaratif de faillite arrête immédiatement le cours des inscriptions de privilèges et d'hypothèques, alors qu'on ne retrouve rien d'analogue dans la saisie immobilière ? C'est qu'il existe au profit de la masse un droit réel impossible à retrouver dans l'autre procédure. Il est vrai que le bénéfice d'inventaire arrête le cours des inscriptions hypothécaires dans les mêmes conditions que la faillite, mais, répond M^r Percerou, c'est « une institution mal coordonnée et toute empirique, d'où l'on ne saurait prétendre dégager une tendance législative. »

Enfin on peut faire une autre objection à ce système :

Qu'est-ce donc que ce droit réel innommé au profit des créanciers chirographaires né par le seul fait de la faillite ? Est-ce une hypothèque, une antichrèse, un droit de rétention, qui sont les trois sûretés réelles existant en droit français sur les immeubles ? De prime abord on peut écarter l'antichrèse et le droit de rétention : l'une parce que les circonstances de fait

sont ici trop dissemblables pour songer à cette sûreté réelle, l'autre parce qu'elle ne survivrait pas à la vente de l'immeuble. Donc c'est une hypothèque et comme cette garantie a besoin d'être inscrite pour être opposable aux tiers, cette hypothèque de la masse n'aura de force que du jour de son inscription.

Mais alors nous revenons à la solution de l'art. 490 C. com., c'est-à-dire à celle adoptée par les auteurs qui expliquent le dessaisissement par l'idée de fraude. Voici la réponse à cette objection : en admettant que ce soit une hypothèque, on peut concevoir que l'effet de cette hypothèque remonte au jour du jugement déclaratif, et ne date pas seulement du jour de son inscription. La loi admet l'effet rétroactif d'une inscription ; et les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs en sont un exemple : leur efficacité à l'égard des tiers n'est pas suspendue parce que l'inscription n'a pas été prise. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans la faillite ? Pourquoi ne pas expliquer dès lors l'art. 490 C. com. comme ouvrant simplement un recours en dommages et intérêts à la masse de la faillite contre le syndic négligent ?

Ainsi l'hypothèque résultant du dessaisissement n'est qu'une hypothèque légale de même nature que celles visées par l'art. 2135 C. civ., et quant à lui reprocher de manquer de notoriété, c'est excessif. Le jugement déclaratif donne à la naissance de ce droit réel hypothécaire autant de publicité que le mariage en procure à l'hypothèque légale de la femme, et l'ouverture de la tutelle à celle du mineur. D'ailleurs la preuve que le dessaisissement est par lui-même suffisamment notoire aux yeux de la loi, c'est que celle-ci

lui fait produire effet du jour où il est prononcé (art. 448, 1^{er} al.), avant même que les mesures de publicité de l'art. 442, C. com. soient opérées.

Ce droit réel que nous avons considéré jusqu'ici dans notre discussion comme une hypothèque, n'est pas une hypothèque proprement dite : c'est « un droit « réel de gage immobilier, écrit M^r Percerou, analogue au droit de gage mobilier, et issu, comme « celui-ci, de la prise de possession, avec l'*animus domini*, réalisée par le syndic. » Les conditions d'un tel gage sont suffisamment connues, sans être contraints de montrer qu'elles sont remplies dans le cas de la faillite. Nous préférons répondre à ceux qui prétendent qu'il est impossible de constituer, dans notre droit d'autres sûretés réelles immobilières que l'hypothèque, l'antichrèse et le droit de rétention, que la loi ne le défend pas dans ses textes. D'autre part si elle n'en parle pas, il ne faut pas croire pour cela qu'elle l'interdise : ce silence résulte plutôt de ce fait, c'est qu'à l'époque du code civil, le gage immobilier n'était plus employé pour consentir des sûretés réelles : d'où l'oubli par le législateur de le réglementer.

Dans le domaine des conventions on comprend encore que le gage immobilier ne soit plus employé : mais dans le domaine de l'exécution forcée par voie de faillite, pourquoi l'ancienne *impignoratio* immobilière ne revivrait-elle pas, puisque les conditions de fait se trouvent accomplies ?

On se heurte à une autre objection. Le gage immobilier a été abrogé par le seul fait que des principes nouveaux ont été adoptés par le code concernant la

publicité des droits réels immobiliers ; la simple mise en possession ne suffit plus ; il faut une inscription sur un registre spécial. Cette remarque serait vraie, s'il s'agissait d'une *impignoratio* résultant d'une convention ; or, dans le cas présent, nous sommes en face d'un gage immobilier né du jugement déclaratif de faillite, lequel a, comme nous l'avons déjà vu, une publicité suffisante ; en dehors du changement de situation qu'apporte en fait la mise en faillite d'un commerçant, le législateur a ordonné une publication spéciale du jugement déclaratif dans l'art. 442 C. com.

Enfin M^r Hubert (1) fait du système du dessaisissement engendrant un droit réel une critique très vive, dont voici les grandes lignes. Si cette théorie est exacte et conforme aux intentions du législateur, elle conduirait à des conséquences singulières. « Tout droit quelconque, fût-il personnel, se transformerait nécessairement en un droit réel dès le moment où l'on passerait à son exécution forcée ». Or tout droit réel entraîne le droit de suite, c'est-à-dire son opposabilité à un acquéreur, et le droit de préférence qui n'est que son opposabilité aux autres créanciers. Nous admettons les conséquences du droit de suite : elles répondent bien au but de la saisie qui est d'évincer les acquéreurs, mais où irions-nous s'il suffisait à un créancier personnel d'opérer une saisie pour se créer une situation privilégiée. Encore dans

(1) Revue critique de législation et de jurisprudence ; année 1906, p. 241.

le cas de la faillite, le droit de préférence serait moins choquant que dans les autres saisies, parce que, profitant à toute la masse, il n'exclurait plus que les créanciers postérieurs à la clôture de la faillite.

L'observation de M. Hubert aurait sans doute quelque portée (bien que lui-même reconnaisse que dans la faillite, le droit de préférence accordé à la masse ne nuit pas aux autres créanciers), si nous n'avions pas en quelque sorte prévu l'objection et montré qu'il y a une différence profonde, essentielle entre la faillite et la saisie : « la première engendre réellement une « indisponibilité de fond du droit. la seconde ne « l'engendre point. » Il est donc impossible de tirer de la saisie des arguments d'analogie pour nier l'existence d'un droit réel né du dessaisissement.

Enfin, au point de vue historique, cette opinion de MM. Thaller-Percerou, est conforme au droit Romain ; les jurisconsultes de cette époque considéraient l'envoi en possession sur les biens du débiteur insolvable comme une prise de gage (*pignus prætorium*).

La même conception se retrouve dans les vieilles coutumes d'Anvers, et de nos jours les Allemands admettent la naissance d'un droit réel au profit de la masse sur tout le patrimoine du failli, dès l'ouverture de la faillite.

Concluons. L'explication de MM. Thaller-Percerou est évidemment la plus logique et la plus simple ; elle donne de la faillite une idée nette et solide ; elle permet de « bâtir juridiquement l'institution ». Pour nous, c'est vers elle que vont nos préférences ; car l'existence d'un droit réel à la base du dessaisissement répond mieux à la définition de tiers, qui est l'état

nouveau de la masse à partir du jugement déclaratif.

Mais nous ferons nos réserves sur les conséquences de cette théorie, lorsque nous réglerons le sort des transferts immobiliers non transcrits ou transcrits tardivement. Nos conclusions seront bien différentes de celles adoptées par MM. Thaller-Percerou.

DEUXIÈME PARTIE

Des Transferts de propriété

CHAPITRE PREMIER

Des modes de publicité des transferts

Avant d'examiner les solutions que nous donnerons pour les transferts de propriété, il est utile d'étudier d'un peu près ce que sont ces formalités de publicité qui rendent valables au regard des tiers certaines de ces transmissions. Car elles n'apparaissent pas toutes avec autant de netteté qu'une transcription d'immeuble; il y en a sur lesquelles on discute si elles sont une condition de la formation de l'acte, ou uniquement une mesure de publicité à l'égard des tiers. Aussi allons-nous prendre successivement les différents biens, étudier les formalités exigées par la loi pour leur transmission et classer ces dernières d'après leur efficacité à l'égard des tiers.

Et tout d'abord sont des mesures de publicité dans toute l'acception du terme : la transcription pour les immeubles, la mutation en douane pour les navires, et l'enregistrement à la préfecture de la cession des brevets d'invention d'après la loi du 2 juillet 1844. La meilleure preuve de l'objet de ces formalités, c'est qu'il est tenu des registres spéciaux, permanents, que chacun peut consulter, sur lesquels les titres sont relevés ; or, comme l'aliénation a eu lieu auparavant entre les parties, par simple consentement, le législateur par cette organisation tout à fait spéciale, a voulu protéger les tiers.

A ces trois sortes de formalités s'opposent la cession de fonds de commerce et l'aliénation des meubles. Ces deux espèces de biens se transmettent de la même manière.

Cependant pour les fonds de commerce une loi récente du 17 mars 1909, exécutoire depuis la promulgation d'une autre loi du 1^{er} avril 1909 (1) art. 1^{er}, est venue consacrer un usage qui existait depuis longtemps à Paris et dans d'autres grandes villes ; les aliénations de fonds de commerce devaient être insérées dans un journal d'annonces légales, et cette mesure avait été édictée non pas pour porter à la connaissance des tiers les cessions elles-mêmes, mais pour provoquer les oppositions à paiement de la part des créanciers du vendeur.

Voici ce que la nouvelle loi ordonne :

Les ventes de fonds de commerce devront être pu-

(1) Voir *Journal Officiel* du 2 avril 1909.

bliées à la diligence de l'acquéreur, dans la quinzaine de sa date, sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal de commerce où se trouve le fonds, et la publication sera renouvelée du huitième au quinzième jour après la première insertion.

On laisse aux créanciers du précédent propriétaire dix jours après la deuxième insertion pour faire opposition.

Si l'acquéreur paie son vendeur avant d'avoir fait les publications ou avant l'expiration du délai de 10 jours, il ne sera pas libéré à l'égard des tiers.

Comme on le voit ces dispositions législatives conservent le caractère que nous avons relevé plus haut concernant l'usage pratiqué déjà dans les grandes villes. En l'absence d'insertion, ce que l'on contestera ce ne sera pas la validité de la cession à l'égard des tiers, mais seulement la validité du paiement. Il en résultera que les fonds de commerce seront toujours transmis même à l'égard des tiers par le simple consentement.

Pareillement aucune formalité n'est plus requise aujourd'hui pour l'aliénation des meubles entre les parties comme à l'égard des tiers.

Il y a toutefois dans le codé une disposition (celle de l'art. 1141 C. civ.), qui semble contraire à notre proposition ; car elle fait dépendre le transfert des meubles d'une tradition réellement effectuée ; le cas prévu par le texte est celui de deux personnes auxquelles il a été promis successivement le même objet : celle qui aura été mise en possession réelle « encore que son titre soit postérieur en date » sera préférée.

De cette décision législative, il paraît résulter que la propriété a été transférée non pas par le consentement mais par la tradition. Cette manière d'interpréter l'art. 1141 est fautive. Car si le second acquéreur acquiert et conserve la propriété de la chose, c'est par application de l'art. 2279 C. civ. « En fait de meubles, possession vaut titre. » Il obtient la propriété en vertu de sa possession, quoique son auteur ne fût plus propriétaire; c'est par l'effet de la loi et non par l'effet d'un transfert que ce résultat a lieu. Et l'art. 1141 exigeant en plus la bonne foi, il est impossible de considérer ici la tradition comme une mesure de publicité à l'égard des tiers : car dans les formalités de ce genre, on ne tient pas compte de la bonne ou de la mauvaise foi.

Ainsi nous devons admettre, avec tous les auteurs et une jurisprudence constante, que l'acquéreur de marchandises suffisamment *individualisées* dans les magasins du failli et non encore livrées, conserve même après la faillite le droit de revendre; les créanciers de la masse opposeraient vainement l'art. 2279 pour empêcher la livraison.

Quid de la signification en matière de cession de créances ? Elle est considérée par tout le monde aujourd'hui comme une mesure de publicité à l'égard des tiers. L'art. 1690 c. civ. en disant que « le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers, etc... » emploie les mêmes termes que l'art. 3 de la loi de 1855. Il n'en a pas toujours été ainsi. Avant le code civil, l'art. 108 de la Coutume de Paris disposait que : « un simple transport ne saisit point : il faut signifier le transport à la partie. » Aussi la notification ou l'acceptation

n'avait-elle à cette époque d'autre but que de transférer la propriété, de saisir l'acquéreur ; elle servait de tradition fictive. C'est ce que reconnaissent tous les auteurs, en particulier Pothier.

A quoi attribuer une pareille transformation ? Peut-être à ce que les auteurs du Code Civil avaient proclamé le principe de la transmission de la propriété par simple consentement, et comme ils ont conservé par inadvertance ou par respect du passé cette formalité de l'ancien droit, les auteurs modernes la rattachent à un autre fondement, à celui de la publicité.

Dans nombre de cours et d'ouvrages, on rapproche la signification de la transcription. D'après nous c'est pousser un peu loin la force de cette mesure de publicité, en somme assez imparfaite. En effet tout le monde a le droit d'opposer le défaut de signification ou d'acceptation du transport ; créanciers chirographaires du cédant, et même le cédant orce sont des tiers qui sont formellement écartés par la loi de 1855 pour les aliénations d'immeubles à titre onéreux.

D'ailleurs pourquoi le législateur Français n'organiserait-il pas pour les créances un système de publicité par voie de transcription ? Nous voulons parler des créances hypothécaires ; car ce sont les seules qui puissent être individualisées, par une mention sur les registres de la situation de l'immeuble. Quant à généraliser le système, on rencontre des difficultés insurmontables, attendu qu'un débiteur change souvent de domicile. Laurent s'en est aperçu, lorsqu'il voulait étendre à toutes les cessions de créances la loi Belge du 16 décembre 1851, portant révision du régime hypothécaire.

Avant d'entamer l'étude du transfert des titres nominatifs et de l'endossement des titres à ordre, voyons quelle est la valeur de la tradition des titres au porteur. On a essayé de soutenir qu'elle était nécessaire pour la transmission de la propriété. On s'appuyait sur l'art. 35 C. Com. « Dans ce cas la cession s'opère par la tradition. » Mais c'est là une erreur. Les titres au porteur sont assimilés aujourd'hui aux meubles corporels; ils en suivent toutes les règles pour leur aliénation; le simple consentement suffit entre les parties, et l'art. 1141 C. civ. dont nous avons parlé plus haut, leur est applicable. Il peut arriver à un propriétaire de titres qui n'a pas pris possession, de se voir préférer un tiers qui en obtiendrait la possession. La tradition qui n'est que la délivrance, réglerait les rapports entre deux acquéreurs successifs différents.

Enfin que décider pour l'endossement des titres à ordre et le transfert des titres nominatifs ? En doctrine presque tous les auteurs s'accordent sur ce point; c'est que l'endossement ou le transfert ne sont jamais des conditions de la validité de la transmission entre les parties contractantes : « Entre le cédant et le cessionnaire, disent MM. Lyon-Caen et Renault (1) « à propos des titres nominatifs, la propriété de l'action ou de l'obligation est incontestablement transmise par le seul effet de la convention; mais, à l'égard des tiers, la déclaration de transfert est la condition essentielle de la transmission. » Par cela

(1) LYON-CAEN ET RENAULT : 3^e édit., t. IV, nos 128 et 154.

seul qu'il s'agit d'un corps certain la convention est suffisante pour produire une mutation effective de propriété entre les parties; c'est ce qui résulte des art. 1138 et 711 du Code civil (1).

Cependant certains auteurs, comme M. Minard (2), voient naître dans la convention des parties, de simples obligations réciproques. Le vendeur est tenu de renoncer au droit qui résulte pour lui de l'inscription, et l'acheteur, de lui payer l'indemnité ou prix convenu. La déclaration de transfert qui suit la convention est une renonciation par le vendeur à son droit de créance, et une fois acceptée par l'établissement débiteur, elle opère à son profit remise de dette; le rôle du vendeur s'arrêtera là; l'établissement débiteur fera inscrire cette déclaration de transfert, ce qui prouvera qu'il a accepté tacitement l'acheteur, et cette inscription constituera le titre fondamental de l'acquéreur. Il y aurait là un mode solennel d'aliénation.

Cette théorie de M. Minard est bien compliquée. Elle crée d'ailleurs un cas exceptionnel, où, contrairement à l'art. 1589 C. civ., la promesse de vente ne vaudrait pas vente, encore qu'il y ait consentement réciproque sur la chose et sur le prix. Pourquoi ne pas voir dans ces mesures de simples formalités de publicité? Rappelons-nous que la clause à ordre fut inventée pour remplacer dans le droit commercial la

(1) En ce sens : DEMOLOMBE : *Traité des successions*, t. 1, n° 2; *Traité des contrats*, t. 1, n° 414 et suiv. — AUBRY ET RAU : t. 2, p. 54, § 174. — LAURENT : *Principes de droit civil*, t. 10, n°s 354 et suiv. — COLMET DE SANTERRE : *Cours analytique du C. civ.*, t. 5, n° 55 bis.

2) MINARD : *Thèse*, 1897, n° 182 et suiv.

signification des cessions de créances, qui était longue et ennuyeuse. Pourquoi n'aurait-elle pas gardé le caractère de publicité de la signification ? D'ailleurs pour l'endossement le cas se présentera rarement dans la pratique d'un transfert de titres à ordre sans endossement, à moins de supposer que le titre a été individualisé avant d'avoir été endossé.

De même pour le transfert : il a remplacé pour les titres nominatifs la signification des cessions de créances ; on a jugé que dans l'intérêt des tiers, une simple signification serait insuffisante, et on a ordonné une inscription sur les registres de l'établissement débiteur.

En tous cas, la jurisprudence est hésitante. Dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 janvier 1905 (1), les juges ont affirmé que c'est tout ensemble, publicité à l'égard des tiers et délivrance entre les parties.

Mais peu importe le point de vue admis. Dans les deux hypothèses, notre solution sera la même :

Si l'endossement et le transfert ne sont que des modes solennels d'aliénation, on considérera l'acte comme inexistant, du moment que ces formalités n'auront pas été remplies avant le jugement déclaratif. Ce sera bien toujours une suite du dessaisissement, mais une suite qui est en dehors de notre étude, puisqu'elle découle de l'effet du jugement déclaratif sur les aliénations nouvelles du failli.

Si on les envisage comme des mesures de publicité

(1) SIREY, 1905-1-328.

on recherchera si la mise en faillite du commerçant met obstacle à leur exécution. D'ailleurs il y a un tel lien de parenté (nous l'avons montré plus haut), entre elles et la signification de cession de créances que le raisonnement par analogie nous sera permis. Et nous étendrons au transfert et à l'endossement la solution qui sera donnée pour la signification.

CHAPITRE II

A partir de quel moment la masse sera-t-elle en état de se prévaloir du défaut de publicité

La réponse est facile après cet exposé succinct des modes de transfert ; nous appliquerons aux différents cas les principes que nous avons admis sur la situation nouvelle des créanciers chirographaires après le jugement déclaratif de faillite.

Nous envisagerons successivement deux groupes d'hypothèses ; car rappelons nous que dans certains cas la masse est un tiers dans le sens le plus général du mot (c'est-à-dire tout intéressé sauf les parties et leurs héritiers), dès le jour de la déclaration de faillite, tandis que dans d'autres elle doit avoir acquis et

conservé sur les biens un droit réel, comme le veut la loi de 1855.

Faisons observer ici même que pour les hypothèses du premier groupe, peu importe l'opinion admise sur la qualité de tiers donnée à la masse ; que celle-ci ait un droit réel, comme nous le soutenons, ou qu'elle n'en ait pas, ainsi que le veut la jurisprudence, les solutions seront les mêmes.

Et tout d'abord quels cas rentrent dans le premier groupe ? Ce sont tous ceux qui échappent à l'application de la loi du 23 mars 1855 :

1° Les donations d'immeubles non transcrites tombent sous le coup de l'art. 941 C. civ. qui autorise toute personne y ayant intérêt à opposer le défaut de transcription ; cette formule très large comprend les créanciers chirographaires quand ils ont exercé une mainmise sur l'immeuble donné. Or tel est le cas du jugement déclaratif qui opère dessaisissement du failli et mainmise de la masse sur l'actif. D'où impossibilité de transcrire utilement la donation après la mise en faillite. La jurisprudence est dans ce sens (1).

Suivant M. Boistel (2), les créanciers pourraient opposer le défaut de transcription même avant le jugement déclaratif, même avant la période suspecte.

2° En ce qui concerne la vente ou la donation d'un navire par le futur failli, la loi du 27 vendémiaire an II art. 17, soumet le transfert de ces choses mobilières à des mesures de publicité vis-à-vis des tiers ; si ces

(1) Cass. 23 nov. 1859 (S. 61-1-85 ; P. 60-775 ; D., p. 59-1-481).

(2) Cours de droit commercial, n° 919, in fine, p. 689, note 4.

formalités de la mutation en douane n'ont pas été accomplies avant le jugement déclaratif, la masse opposera avec succès ce défaut de mutation, sans attendre de posséder un droit réel sur le bâtiment de mer (1); la solution est la même que pour le défaut de transcription d'une donation immobilière.

3° On connaît les formalités exigées par l'art. 1690 C. civ. pour la validité d'une cession de créances à l'égard des tiers. Peut-on, même après la déclaration de faillite, signifier ou accepter utilement une cession, dont les mesures de publicité n'ont pas été remplies auparavant? Certainement non. Le jugement déclaratif par l'effet du dessaisissement opère une mainmise sur le patrimoine du failli; l'effet est le même, à *fortiori*, que au cas d'une saisie-arrêt, dans laquelle le cessionnaire ne pourrait pas invoquer son droit au préjudice d'une saisie-arrêt d'un créancier du cédant, opérée avant la signification de la cession ou son acceptation (2).

De même pour les créances transmissibles par endossement ou pour transfert. Il est impossible d'endosser un titre à ordre ou d'inscrire sur les registres de l'établissement débiteur le transfert des titres nominatifs, après le jugement déclaratif; ces formalités ont le même effet à l'égard des tiers que celles de l'art. 1690, C. civ.

4° Pour les brevets d'invention, l'art. 20 de la loi

(1) Paris, 4 juin 1886, *la Loi*, 29 juillet 1886.

(2) Cass. 16 nov, 1892, S. 94-1-9, Pand. fr. pér., 1894-1-41; trib. com. Seine, 10 mai 1902, *la Loi*, n° du 20 juin 1902.

du 5 juillet 1844 décide qu'« aucune cession ne sera « valable à l'égard des tiers qu'après avoir été enre- « gistrée au secrétariat de la Préfecture du départe- « ment dans lequel l'acte aura été passé ». Il en résulte, que si le futur failli a cédé un brevet d'invention, et que ce transfert n'a pas été enregistré avant le jugement déclaratif, le cessionnaire ne sera pas reçu à opposer son titre à la masse. M. Pouillet (1) dit qu'un jugement du tribunal de la Seine, dont il n'a pu retrouver la date, déclare formellement le syndic de la faillite apte à critiquer comme tiers, la non exécution des formalités de l'art. 20.

En résumé, si ces formalités du premier groupe d'hypothèses n'ont pas été accomplies avant le jugement déclaratif, les différents biefs aliénés par le commerçant avant sa faillite, restent dans son patrimoine. Le syndic aura le droit de les réaliser au profit du syndicat de créanciers, et personne ne pourra y mettre obstacle. Nous allons voir bientôt qu'il en est autrement pour les biens du second groupe.

L'énumération des cas qu'il comprend se trouve dans les articles 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855; ce sont : tout acte d'acquisition à titre onéreux de propriété immobilière ou d'un démembrement de la propriété (servitudes, usage, usufruit); toute donation de droit réel immobilier insusceptible d'hypothèque, comme l'usage, l'habitation, les servitudes; les baux de plus de dix-huit ans et les cessions de plus de trois ans de loyers ou fermages non échus; enfin l'anti-

(1) Traité des Brevets d'invention, p. 226, note 2.

chrèse dont nous négligerons présentement l'étude pour la faire rentrer dans notre second point sur les constitutions de sûretés réelles.

Toutes ces personnes acquièrent des droits réels sur les biens transmis, ou, dans certains cas, (tels sont les locataires de plus de 18 ans et les cessionnaires de plus de trois ans de loyers ou fermages non échus), des droits personnels assimilés aux droits réels par la loi de 1855. Il s'ensuit qu'à leur égard un tiers est dans l'impossibilité d'opposer la non exécution des mesures de publicité, s'il n'a pas acquis un droit réel sur l'immeuble, et s'il ne l'a pas conservé, conformément à l'art. 3 de la loi de 1855.

Or, à partir de quel moment la masse de la faillite sera-t-elle assez forte pour repousser les acquisitions non transcrites ou transcrites tardivement ? Quel sort subiront ces transferts immobiliers ? C'est ici que les solutions varient du tout au tout suivant qu'on adopte telle ou telle opinion sur le dessaisissement.

Voici d'ailleurs les conséquences de ces diverses théories, d'après les auteurs qui les ont émises.

1° On sait que M. Percerou accorde aux créanciers chirographaires dès le jugement déclaratif un droit réel de gage immobilier, et il attache à ce nouveau droit une telle force qu'il faut considérer la vente d'un immeuble, consentie valablement par le débiteur, mais non encore transcrite au jour du dessaisissement comme inopposable à la masse. Qui plus est, si la transcription n'a lieu qu'après l'ouverture de la faillite, l'acquéreur voit son titre résolu ; il n'a pas même le droit de purger : car il est certain qu'on purge une hypothèque, mais non des droits réels de nantisse-

ment, attendu que le droit de rétention du créancier gagiste lui permet de garder l'immeuble jusqu'à complet paiement.

Dans ce système, tout est organisé en faveur du syndicat de créanciers.

2^o Selon des auteurs, comme M. Thaller, la masse a une hypothèque née de plano du jugement déclaratif, et qui n'a pas besoin de l'inscription de l'art. 490 C. com. pour être opposable aux tiers, en l'espèce aux acquéreurs d'immeubles à titre onéreux; par suite si ces derniers n'ont pas fait transcrire leur titre avant le dessaisissement, ils ne peuvent rien opposer aux créanciers chirographaires.

Mais il y aurait ici une différence selon M. Percerou (1), entre cette solution et celle qu'il propose : si l'acquéreur procède à la transcription après la déclaration de faillite, sa vente sera inopérante à l'égard de la masse, en tant qu'elle ferait tomber l'hypothèque légale des créanciers non encore inscrite, et sauf cette hypothèque, elle subsiste vis à vis de la faillite; les acquéreurs conserveront le droit de purger contre elle. Avec la théorie de l'*impignoratio* immobilière, ce droit de purge leur est même refusé.

Nous croyons que M. Percerou s'est trompé sur l'intention des partisans de la théorie du droit réel hypothécaire né *de plano* du dessaisissement et dispensé d'inscription pour produire effet. Bien que M. Thaller soit peu explicite sur ce point, il nous semble que cet auteur refuse aux acquéreurs le droit

(1) V. Faillites et banqueroutes, tome I^{er}, page 117, note 3.

de transcrire après le jugement déclaratif et par suite de procéder aux formalités de la purge contre l'hypothèque de la masse; après avoir rapporté l'opinion de la jurisprudence il ajoute (1) : « Il est choquant de « dire : 1° que la faillite possède assez de publicité « pour interdire une vente, une hypothèque, une « inscription d'hypothèque plus ancienne; et 2° qu'elle « n'a pas une publicité suffisante pour s'opposer à la « transcription tardive d'une vente antérieure à son « ouverture. »

3° Tout en admettant la théorie de MM. Thaller et Percerou sur le dessaisissement, nous estimons leurs conclusions sur le point qui nous occupe, peu logique.

Pourquoi un acquéreur n'aurait-il pas le droit de purger? Pourquoi lui interdire la transcription de son titre après le jugement déclaratif, et considérer la vente comme résolue? La masse n'obtient jamais qu'une hypothèque sur les immeubles du failli, et quelle que soit l'époque à partir de laquelle elle a valablement ce droit réel contre les tiers (jugement déclaratif ou inscription de l'hypothèque légale de l'art. 490), la nature de son droit n'est pas changée. Par suite, un créancier hypothécaire n'ayant pas qualité pour contester la propriété à un acquéreur, dans tous les cas les créanciers du syndicat devraient subir les formalités de la purge. Et à ce point de vue, nous sommes parfaitement de l'avis de MM. Lyon-Caen et Renault, bien que nous n'acceptons pas leur

(1) V. Traité élémentaire de droit commercial. 3^{me} éd., p. 844.

thèse sur le dessaisissement : « L'acte d'aliénation
« disent ces auteurs (1), devient inefficace à l'égard
« de la faillite en ce sens seulement qu'il ne peut
« porter atteinte à l'exercice du droit hypothécaire
« qui appartient à la masse et dont elle peut réclamer
« tous les effets, mais non en ce sens qu'il ne confère
« aucun droit de propriété à l'acquéreur, comme cela
« arriverait au cas où celui-ci, au lieu de se ren-
« contrer avec un créancier hypothécaire inscrit sur
« l'immeuble, se rencontrerait avec un acquéreur de
« cet immeuble en vertu d'un acte postérieur au sien
« mais transcrit antérieurement. »

Dans le sens de notre opinion nous trouvons un arrêt de la cour de cassation du 5 août 1869 (2), où il est dit en substance que les créanciers d'une faillite n'acquièrent par l'inscription prise au nom de la masse en vertu de l'art. 490, C. com. aucun droit de propriété; ils ne sont dès lors fondés ni comme représentants du failli, ni de leur chef, à exercer une action en revendication contre l'acquéreur d'un immeuble vendu par le failli, à une époque où il était encore *in bonis*, sous prétexte que l'acte de vente n'aurait été transcrit que postérieurement à la cessation des paiements et à l'inscription prise au profit de la masse.

Evidemment une vente non transcrite avant l'inscription de l'art. 490 ou avant le jugement déclaratif (suivant la théorie qu'on adopte), ne peut être opposée à l'hypothèque de la masse; mais d'autre part, une

(1) LYON-CAEN et RENAULT.— Précis de droit commercial, t. II, p. 696.

(2) D. 1870-1-161.

fois ce droit réel reconnu à l'encontre de l'acquéreur au profit de la faillite, pourquoi faire tomber la vente? La faillite, semble-t-il, aurait tout intérêt à permettre la transcription et à subir les formalités de la purge; car la vente conclue à l'amiable par le débiteur se fait à moins de frais que la vente judiciaire; elle lui est toujours préférable quant à son produit, sauf le cas où le prix serait dérisoire. C'est en nous plaçant à ce point de vue pratique que nous ne suivrons pas jusqu'au bout la théorie de MM. Thaller et Percerou, lorsqu'elle déclare que les ventes sont résolues. En voulant trop protéger les créanciers chirographaires, on leur nuit.

Bien entendu toutes ces observations ne s'adressent *qu'aux personnes qui peuvent purger*.

3° Enfin une dernière théorie déclare que le droit d'hypothèque de la masse ne peut être opposé par le syndic qu'après l'inscription de l'art. 490; la conséquence, c'est qu'il y aura un intervalle de temps entre le jugement déclaratif et l'inscription de l'hypothèque, pendant lequel l'acquéreur aura la possibilité de transcrire son titre et de le rendre opposable au syndicat de créanciers. C'est le point par lequel diffère essentiellement cette opinion des deux précédentes.

Mais si l'acquéreur conserve le droit de transcrire même après l'hypothèque légale de l'art. 490, pourrait-il purger? Nous penchons pour l'affirmative. Nous nous sommes déjà suffisamment étendus sur cette question.

Pour finir nous nous permettrons une remarque. C'est que vis à vis des transferts d'immeubles (en admettant la théorie de la jurisprudence et de la

majorité des auteurs), les effets du dessaisissement sont moins pleins qu'à l'égard des transferts du premier groupe; on laisse aux acquéreurs de propriété immobilière et de droits réels rentrant dans les cas prévus par les art. 1 et 2 de la loi de 1855, un certain délai pour transcrire utilement contre la masse. Or les immeubles sont les biens qui représentent en général dans une faillite la plus grande partie de l'actif. Ils devraient être mieux protégés. A ce point de vue la thèse du droit réel hypothécaire né et valablement conservé du jour du jugement déclaratif est préférable pour les créanciers chirographaires de la faillite.

CHAPITRE III

Examen critique du système sur les transferts de propriété

Après avoir énuméré quelques anomalies présentées par le système de la jurisprudence, nous montrerons qu'elles résultent de notre législation actuelle; aussi serons-nous amenés dans un deuxième paragraphe à exposer les modifications proposées à la

Chambre des Députés dans l'avant projet sur les Livres fonciers et sur les hypothèques.

Dans un troisième paragraphe, nous essaierons de donner un plan de réformes, qui répondraient peut-être mieux aux besoins juridiques.

Enfin nous terminerons par quelques solutions données dans divers pays étrangers.

§ 1

Critiques

Le système établi par la jurisprudence sur les transferts de propriété, offre quelques anomalies intéressantes à noter.

Pourquoi cette différence de traitement entre les donations de biens susceptibles d'hypothèque et les donations de droit d'usage, d'habitation et de servitudes? La masse devient un tiers vis à vis des secondes par l'inscription de son hypothèque légale, et à l'égard des premières du jour même du jugement déclaratif.

Même défaut d'harmonie au sujet des ventes d'immeubles et des ventes de navires. Pourquoi exiger de la faillite l'inscription de l'hypothèque légale sur les immeubles tandis que le syndic n'a pas de formalité à remplir, à l'égard des bâtiments de mer?

Cette incohérence dans les solutions jurisprudentielles ne dérive pas d'une fausse interprétation des textes ou de leur application défectueuse; c'est au législateur qu'on doit en faire grief. En ce qui con-

cerne les donations, il a d'abord réglé dans l'art. 941 la transcription des donations de biens susceptibles d'hypothèques ; plus tard la loi du 23 mars 1855 est intervenue soumettant les donations de droit d'usage, d'habitation, de servitudes à un régime tout différent. Pour quels motifs ? On l'ignore. Au point de vue des principes le sort des transferts à titre gratuit devait être le même dans les deux cas ; vis à vis de ces deux catégories de donataires, la masse lutte pour ne pas s'appauvrir.

Même observation pour la deuxième anomalie relevée plus haut. Un texte de loi oblige le syndic à inscrire son hypothèque légale sur les immeubles tandis que les aliénations de navires à titre onéreux, sont traitées au point de vue de la déclaration de faillite comme des ventes d'objets mobiliers. Et pourtant n'y a-t-il pas une loi du 10 décembre 1874 modifiée par celle du 9 juillet 1885 qui organise l'hypothèque maritime, et assimile cette catégorie de biens à de véritables immeubles ?

Ces quelques critiques de détail adressées au système de la jurisprudence rejaillissent sur le législateur. Aussi sommes-nous amenés à exposer les projets de réforme proposés à la Chambre des Députés.

§ 2

Modifications proposées dans certains projets de loi

On a cherché en France à supprimer ce manque d'harmonie que nous avons relevé plus haut concernant les effets du jugement déclaratif sur ces forma-

lités de publicité dont nous avons exposé le système ; ces réformes malheureusement n'ont été tentées que sur certains points, dans des commissions dont les pouvoirs étaient limités.

Tel est le cas de la Commission extraparlamentaire du Cadastre dans son avant projet ; les modifications proposées par elle ne s'appliquent qu'aux immeubles.

Dans son article 19, 3^e alinéa, cette commission maintient l'hypothèque légale au profit de la masse des créanciers.

Dans son article 74, elle déclare que le jugement déclaratif de faillite ne fait pas obstacle à l'inscription de privilèges et d'hypothèques acquis valablement à une époque antérieure ; mais l'inscription qui n'a pas été prise dans les 30 jours de l'acquisition du droit est inopérante à l'égard de la masse.

« En pareil cas, dit M. Challamel (1), dans son rapport, nous estimons qu'il n'y a aucune bonne raison pour que la déclaration de faillite entraîne la forclusion du droit de réaliser l'inscription si par ailleurs on ne peut reprocher au créancier aucune négligence. »

Comme on le voit, les modifications proposées par la Commission du cadastre étaient peu de chose. Avec l'Avant projet sur l'Institution des Livres fonciers, la réforme est plus profonde. Dans son rapport général sur cette nouvelle institution et son fonctionnement en ce qui concerne les droits réels immobiliers autres que les privilèges et les hypothèques, M. Mas-

(1) Commission extra-parlementaire du cadastre. Rapport devant la Sous-Commission juridique (année 1900).

sigli (1) dégage nettement l'esprit de la réforme :
« Certaines dispositions du Code civ. (art. 939 à 941,
« art. 1069 à 1072) et les articles 1 et 2 de la loi du
« 23 mars 1855 soumettent à la publicité quelques-
« uns des actes qui déplacent ou qui modifient entre
« vifs la propriété. Ce n'est pas assez pour dissiper
« les incertitudes et les obscurités qui peuvent para-
« lyser les transactions immobilières. La publicité
« doit pénétrer aussi avant qu'il est possible dans le
« commerce des droits immobiliers; elle doit mettre
« en lumière la généralité des modifications de la
« propriété, et non pas seulement un certain nombre
« d'entre elles. Cette idée est une de celles qui fixent
« l'orientation du projet tout entier. Elle trouve une
« première consécration dans la disposition capitale
« qui forme l'art. 9. » Et de fait cet article ne donne
pas une énumération des actes et conventions; le texte
est conçu en termes très larges : « Tous actes et con-
« ventions entre vifs, à titre gratuit ou à titre oné-
« reux, tous jugements passés en force de chose
« jugée, ayant pour effet de constituer, transmettre,
« déclarer, modifier ou éteindre un droit réel immo-
« bilier, doivent être rendus publics par une inscri-
« ptions au feuillet de l'immeuble dans le Livre fon-
« cier. »

Et l'art. 10 ajoute : « Il en est de même.... 6° Des
« jugements déclaratifs de faillite et des jugements
« d'ouverture de liquidation judiciaire lorsque l'actif
« comprend des droits réels immobiliers. »

(1) V. la Commission extra-parlementaire du cadastre. Procès-
verbaux, fascicule n° 9 (mars 1900 à mars 1905), p. 102.

Voici d'ailleurs les observations de M. Massigli⁽¹⁾ à propos de ce 6^e alinéa de l'art. 10; elles sont utiles à connaître : « En dessaisissant le failli de l'exercice de
« ses droits de propriété et de créance, la loi ne le
« frappe pas d'une incapacité véritable; elle veut seulement protéger la masse des créanciers contre les
« actes qu'il pourrait faire; elle établit une sorte
« d'indisponibilité dans l'intérêt de la masse. Les
« créanciers se trouvent, en conséquence, dans la
« situation qui est celle de toute personne au profit
« de laquelle il est établi une restriction au droit de
« libre disposition d'un propriétaire; et il est logique
« d'en conclure qu'ils doivent donner publicité au
« droit que la loi leur réserve. »

Cette publicité sera le complément de celle prescrite pour le jugement par la loi commerciale. De plus elle conservera certains droits de la masse contre les sous-acquéreurs des droits du débiteur.

L'art. 20 de l'avant projet dans son troisième paragraphe précise la situation qui sera faite aux tiers acquéreurs dans ce nouveau système: « Les aliéna-
« tions et constitutions de servitudes ou de droits de
« jouissance, valablement consenties par le débiteur
« avant le jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire peuvent être utilement inscrites
« jusqu'à l'inscription dudit jugement au feuillet
« foncier. »

Malheureusement ces projets de loi ne s'appliquent qu'aux immeubles; or, dans une faillite, il y a quan-

(1) Commission extrap. du cadastre. fasc. 9, p. 316.

tité d'autres biens composant l'actif à l'égard desquels il serait nécessaire d'organiser une publicité du jugement déclaratif. C'est un des défauts de ces projets, mais non le plus grave; car ce qui les a fait échouer, c'est qu'ils exigeaient beaucoup d'argent pour être réalisés.

§ 3

Plan de réformes

Nous allons présenter en nous plaçant au point de vue législatif, un ensemble de réformes plus larges, que celles contenues dans les projets de loi analysés au paragraphe précédent; car nous réglerons le sort non seulement des transferts immobiliers, mais encore des aliénations de navires, de créances à personne dénommée, de brevets d'invention.

Auparavant il est utile de faire remarquer que ces observations générales n'ont d'intérêt que pour les transferts; elles ne se comprendraient plus pour les sûretés réelles, le but de la faillite étant de s'opposer à tout prix à leur naissance afin de maintenir l'égalité entre les créanciers.

D'après nous la loi pourrait déclarer que le dessaisissement accorde immédiatement à la masse un droit réel sur tout l'ensemble du patrimoine du failli « *une hypothèque* au sens large, comme l'écrit M. Thaller, « puisque le mot juste pour les meubles serait plutôt « celui de nantissement. » Ce droit réel ne serait pas opposable aux acquéreurs de certains droit avant

sa transcription, soit au bureau des douanes pour les navires, soit à la préfecture pour les brevets d'invention, soit à la conservation des hypothèques pour les immeubles. En un mot il faudrait régler cette publicité de la faillite quant aux navires, aux brevets d'invention, aux créances à personne dénommée. Dès lors on ne tiendrait plus compte que de l'antériorité des transcriptions et non de celle des titres. C'est dire que (hormis le cas de fraude, ou même la simple connaissance de la cessation des paiements conformément à l'art. 447 Code de com.), il serait permis de transcrire une alienation postérieure à la faillite jusqu'à la transcription du jugement déclaratif.

La réforme serait surtout facile et importante en matière immobilière : c'est ce que nous allons montrer en précisant la manière dont on opérerait et les conséquences qu'elle entraînerait.

Il suffirait que le législateur ajoutât aux tiers mentionnés dans l'art. 3 de la loi de 1855, c'est-à-dire à côté des locataires de plus de dix-huit ans et des cessionnaires de plus de trois ans de loyers ou fermages non échus, qui eux également n'ont que des droits personnels, la masse de la faillite. Corrélativement le syndic devrait transcrire le jugement déclaratif, et de la sorte, l'acquéreur d'un immeuble ne serait plus exposé à être surpris par une faillite imprévue, avant de verser son prix, il aurait soin de faire transcrire son titre. Nous n'admettrions pas que la masse pût opposer son droit réel dès le jour du jugement : car c'est enfreindre le principe fondamental du système hypothécaire, d'après lequel on ne tient compte que de l'ordre des transcriptions.

Cette réforme que nous proposons va à l'encontre du système de MM. Thaller et Percerou, dans lequel le syndic a le droit d'opposer aux acquéreurs d'immeubles dès le jour du jugement déclaratif l'inaccomplissement des formalités requises : car l'effet du dessaisissement serait retardé vis à vis de ces personnes au jour de la transcription du jugement. Est-ce un bien ? Nous le croyons, vu que la théorie de MM. Thaller et Percerou sacrifie complètement les acquéreurs de bonne foi ; nous l'avons déjà montré plus haut. D'ailleurs c'est le plus gros défaut de ce système qui a cependant pour lui d'être logique, et en harmonie avec nos textes de loi actuels.

Notre projet de réformes soulève une objection. Que va devenir l'hypothèque légale de l'art. 490 ? La réponse est simple. Elle sera parfaitement inutile pendant toute la durée de la faillite ; elle n'est plus qu'une mesure de publicité tardive et supplémentaire. Elle acquerra de nouveau une utilité après la clôture de la faillite et seulement au cas de concordat simple : car elle conservera aux créanciers concordataires la préférence sur tous autres créanciers postérieurs pour les sommes stipulées à chacun d'eux dans le concordat (art. 517, C. de com.). Encore semble-t-il plus rationnel de faire prendre naissance à l'hypothèque dans le concordat et non dans le jugement déclaratif : en effet jusqu'au concordat les créanciers seront garantis par le dessaisissement. Une telle transformation amènera un changement dans la nature de l'hypothèque. Celle-ci au lieu d'être légale, comme à l'heure actuelle, sera conventionnelle, spéciale, sujette à inscription, gouvernée par le droit commun.

§ 4

Solutions données par diverses législations étrangères

1^{re} Législation Belge

La loi belge de 1850 qui a modifié le code de commerce français de 1808, s'est inspirée de la réforme de 1838 apportée en France au code de commerce.

Le dessaisissement y est établi sur les mêmes principes. Les nullités y sont les mêmes. Seulement la loi belge fixe un délai de 3 jours pour la publication du jugement déclaratif de faillite.

De même il existe une hypothèque légale au profit de la masse, hypothèque qui subsiste au profit de chaque créancier en cas de concordat (art. 517 du C. de com. français).

La question est bien simplifiée dans le code de commerce belge : car la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 est plus large en ce qui concerne les tiers que notre loi de 1855. Ainsi l'art. 1 exige pour être opposables aux tiers qui auraient contracté sans fraude, que tous les actes entre vifs à titre gratuit ou onéreux, déclaratifs de droits réels immobiliers autres que les privilèges et les hypothèques soient transcrits.

Il s'ensuit que la masse des créanciers chirographaires d'un propriétaire d'immeubles tombé en faillite, peut opposer le défaut de transcription aux acquéreurs de droits réels qui ont omis de faire transcrire; elle est certainement un tiers dans le sens de la loi de 1851. Au contraire en France la jurispru-

dence et la majorité de la doctrine déclarent que le syndicat de créanciers ne devient un tiers dans le sens de l'art. 3 de la loi de 1855 qu'à partir de l'inscription de l'hypothèque légale de l'art. 490.

2° *Législation Allemande*

C'est la loi du 10 février 1877 qui régit actuellement la faillite en Allemagne; d'après elle bien que le dessaisissement date de l'ouverture de la faillite, les tiers sont mieux préservés que chez nous. Ainsi tous les paiements faits avant la publication de l'ouverture de la faillite sont présumés faits de bonne foi et valables, sauf preuve contraire (c'est-à-dire si les créanciers prouvent que la faillite était connue des tiers). La loi allemande est donc plus bienveillante pour les tiers que notre code de commerce; elle multiplie les mesures de publicité pour tous les actes de la faillite. Elle ne fait pas remonter les effets de la faillite au jour du jugement déclaratif avant toute publication, comme le décide la loi française.

Mais en retour la masse a sur les biens du failli comme une hypothèque générale; cette notion ressort nettement de l'immobilisation du patrimoine au profit des créanciers chirographaires; ceux-ci ont un droit de gage tellement énergique qu'il rappelle le *pignus prætorium* romain, affectant les biens du débiteur après la *missio in possessionem*.

Quant aux difficultés relatives aux transferts d'immeubles, non transcrits au jour de la faillite, elles ne sauraient se produire en Allemagne, à cause du système particulier de mutation existant dans ce

pays. Tandis que chez nous la propriété se transmet par le simple consentement, du vendeur à l'acheteur, en Allemagne l'acheteur ne devient propriétaire qu'après la transcription de l'aliénation sur le livre foncier (*Grundbuch*) ; c'est le juge auquel est confiée la garde du livre foncier, qui a mission d'opérer la transcription et de remplir les formalités destinées à assurer la régularité de l'aliénation. Si donc la vente a été transcrite avant la déclaration de faillite, le bien ne fait plus partie de l'actif : au cas contraire les créanciers auront à se partager l'immeuble qui n'est pas sorti du patrimoine du commerçant.

On voit toute la différence qui sépare ces solutions de celles admises en France ; aussi n'insisterons-nous pas.

3^e Législation Anglaise

Le système adopté par l'Angleterre concernant la faillite est tellement particulier qu'il suffira de quelques mots pour le distinguer nettement de notre procédure française.

L'effet du jugement déclaratif de faillite consiste à transférer la propriété des biens au syndic et cela du jour du prononcé ; l'art. 20 de l'act anglais de 1883 le dit expressément : « les biens du failli deviennent partageables entre ses créanciers et la propriété en passe au syndic ».

C'est le *fidéicommiss* du droit romain. Le fiduciaire c'est le syndic ; il reçoit la propriété des biens de la faillite à charge de la transmettre aux créanciers ; le failli, à la différence du droit français où il ne perd

que l'administration de son patrimoine, est privé ici de la propriété elle même; il est vrai qu'il se trouve libéré. Une fois le patrimoine réalisé, le syndic distribuera les dividendes entre les créanciers.

La question des transferts d'immeubles est vite réglée avec un tel système; les tiers qui n'auront pas transcrits n'auront plus la possibilité de le faire après le jugement déclaratif.

4^e Législation Italienne

Le système adopté dans ce pays rappelle en plus d'un point notre faillite; en effet le jugement dessaisit de plein droit le commerçant de l'administration de ses biens; aussi tous les actes postérieurs, passés par le failli sont-ils nuls.

Mais à la différence de notre code, les textes italiens ordonnent des formalités de publicité pour le jugement déclaratif qui sont autrement complètes que celles de l'art. 442, C. de com. français; ainsi nécessité d'inscrire les nom et prénoms du failli dans un tableau spécial exposé dans la salle des tribunaux et dans les locaux de la bourse (art. 697), et de publier par affiches le jugement dans divers endroits (art. 692).

Par exemple rien ne correspond dans la législation italienne à notre hypothèque légale de l'art. 490. Au cas de concordat les créanciers se font consentir une hypothèque conventionnelle par le failli concordataire.

Quant aux transferts de la propriété immobilière non transcrits avant la déclaration de faillite, la question se pose dans les mêmes termes qu'en droit

français : l'art. 1942 du C. civil italien déclare en effet que « les actes et sentences (soumis à la transcription tels que contrats de vente, etc.) n'ont aucun effet à l'égard des tiers qui ont à un titre quelconque, acquis et légalement conservés des droits sur l'immeuble ». N'est-ce pas la reproduction presque mot pour mot de l'art. 3 de la loi de 1855 ? D'ailleurs la controverse est la même que dans notre droit.

TROISIÈME PARTIE

Des Constitutions de sûretés réelles

(Hormis les privilèges et les hypothèques)

Nous venons d'établir que la déclaration de faillite faisait obstacle à l'accomplissement des mesures de publicité requises pour les transferts ; à cet effet, nous avons groupé les diverses formalités d'après leur valeur vis à vis des tiers, et pour chaque groupe nous avons dégagé le moment à partir duquel la masse est un tiers susceptible de se prévaloir de l'inaccomplissement de ces mesures, enfin nous avons exposé quelques critiques sur le système tout entier.

La même marche sera suivie dans l'étude des sûretés réelles, car les mêmes questions se posent : valeur des formalités de publicité, situation plus ou moins forte de la masse suivant les tiers qui se trouvent en face d'elle et la théorie qu'on adopte sur le dessaisissement, enfin même incohérence dans le système jurisprudentiel.

Nous laissons de côté les privilèges et les hypothèques, qui ne rentrent pas dans le cadre de notre étude.

§ 1

Des modes de publicité des sûretés réelles

D'un mot nous allons faire saisir l'importance de cette digression sur ces diverses mesures. Il semble en effet que la publicité soit ici plus utile que pour les transferts de propriété, où il est facile de concevoir l'opération en deux temps : transfert entre les parties et transfert à l'égard des tiers ; ainsi une personne achète une maison, il y a une première mutation valable entre elle et son vendeur, puis elle fait transcrire, seconde transmission opposable aux tiers. Or, comment concevoir une sûreté réelle n'existant qu'entre le créancier et son débiteur ? Dans mes rapports avec mon débiteur, il me suffit d'être un créancier chirographaire, peu m'importe que je sois créancier hypothécaire, gagiste ou antichrésiste ; si j'exige une sûreté réelle, c'est pour sauvegarder ma créance contre les tiers : car c'est seulement à partir de cette époque que j'aurai une situation prépondérante, qui me permettra d'être payé par préférence à d'autres créanciers ou de conserver mon droit malgré une aliénation. Nous ne prétendons pas que la publicité ne soit pas nécessaire pour les transferts, seulement elle l'est davantage pour les constitutions de sûretés réelles.

A Rome on ne s'était pas rendu compte de l'importance de la publicité : aussi les hypothèques de cette époque portant sur les meubles et sur les immeubles étaient-elles occultes ; de là une cause permanente d'insécurité pour les créanciers, et une situation ennuyeuse pour les débiteurs, dont on pouvait toujours suspecter les affirmations.

De notre temps, on a mieux compris les bienfaits d'une bonne publicité au point de vue des relations commerciales, et le législateur a subordonné l'efficacité des sûretés réelles à certaines prescriptions qui en révéleraient l'existence aux personnes intéressées.

Le premier pas fait dans cette voie a été l'obligation pour le créancier hypothécaire d'inscrire son titre ; on a songé immédiatement aux immeubles pour la création d'un système complet de publicité, car ce sont des biens fixes.

Mais il y a d'autres sûretés réelles immobilières, que les hypothèques, ce sont les cas visés par les alinéas 1 et 5 de l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855 :
« Sont également transcrits, 1° Tout acte constitutif
« d'antichrèse ;... 5° Tout acte ou jugement constatant
« quittance ou cession d'une somme équivalente à
« 3 années de loyers ou fermages non échues. » La loi emploie bien le mot transcrire, mais ici il équivaut au mot inscrire ; il s'agit en effet de sûretés. Nous aurons à en régler le sort puisque l'art. 448-1^{er} al. ne parle que des hypothèques.

Suffit-il que l'antichrèse et l'impignoration de créances de loyers non échues soient transcrites pour être valables à l'égard des tiers ? N'y a-t-il pas d'autres formalités requises ?

Pour la mise en possession du créancier antichrésiste, on discute si elle est une formalité de publicité ou une condition essentielle à la formation du contrat. Il nous semble qu'elle serait plutôt une condition requise pour la naissance même de l'antichrèse : celle-ci n'est au fond qu'un contrat de gage, c'est-à-dire un contrat réel supposant la remise entre les mains du créancier de la chose qui en fait l'objet. Evidemment il en résultera une publicité indirecte, mais bien différente de celle de la loi de 1855.

Il faut en dire autant de l'impignoration de loyers ; si on exige de la part du débiteur une remise du titre, c'est qu'il y a là un contrat de gage ; donc le créancier doit être mis en possession. Mais que penser de cette signification au locataire ou au fermier exigée pour la perfection de ce contrat ? Elle complète la remise du titre faite au créancier ; à elles deux elles constituent cette mise en possession définitive de l'art. 2076.

En ce qui concerne les meubles, le législateur de 1804 considéra que ces biens, n'ayant pas de lieu fixe, échappaient à toute inscription, dans le genre de celle requise pour les hypothèques. Aussi créa-t-il le nantissement. Dans tous les cas de sûretés réelles, l'objet devait passer entre les mains du créancier ; c'est cette dépossession qui avertirait les tiers : ceux-ci n'auront plus à compter sur le meuble puisqu'il ne fait plus partie de l'actif.

Si cette mise en possession du créancier répondait au vœu du législateur, elle présentait en revanche de sérieux inconvénients pour le débiteur. Souvent ce dernier a besoin de l'usage de la chose donnée en

nantissement : Comment s'en servira-t-il s'il ne l'a plus en sa possession ? En raison de cette règle absolue de la dépossession, certains biens étaient inutilisables comme éléments de crédit. C'est à ce grave défaut que plusieurs lois sont venues apporter un remède, en se basant sur cette idée, que certains meubles présentent une fixité suffisante, pour permettre la création d'un mode de publicité analogue à celui qui est organisé pour les immeubles.

La première disposition législative en ce sens, a été celle du 10 décembre 1874, modifiée par la loi du 9 juillet 1885 ; elle institue l'hypothèque maritime ; mais nous la négligerons, étant donné que l'art. 448, 1^{er} al. frappe directement ce genre d'hypothèques.

Par contre nous insisterons sur la loi du 1^{er} mars 1898 à propos du nantissement des fonds de commerce. Depuis cette époque, la mise en possession du créancier nanti n'était plus ordonnée, inscription était seulement requise au greffe du tribunal de commerce du lieu de la situation du fonds. Si l'on examine les choses d'un peu près, il était vrai de dire que l'assimilation au point de vue législatif était complète entre cette sûreté réelle et l'hypothèque. La Cour de Cassation dans un arrêt du 5 janvier 1904 (1) décidait formellement que la loi de 1898 avait créé en matière de nantissement de fonds de commerce, un droit spécial et dérogatoire au droit commun des art. 2075 et 2076, C. civ. L'inscription au greffe était l'unique condition requise à l'égard des tiers.

(1) D. 1904, I, 47.

Une loi du 17 mars 1909 est venue confirmer la décision de la Cour suprême. Dans son article 36, elle annule le paragraphe ajouté à l'art. 2075, C. civ. par la loi du 1^{er} mars 1898 et dans son article 10, il est dit : « Le privilège résultant du contrat de nantissement « s'établit par le seul fait de l'inscription sur un « registre public tenu au greffe du tribunal de com- « merce dans le ressort duquel le fonds est exploité. »

Un autre texte législatif du 18 juillet 1898 a organisé les warrants agricoles : les produits donnés en gage, ne passent plus en la possession d'un tiers ; ils restent entre les mains de l'emprunteur. Mais les dispositions de cette loi étaient insuffisantes, aussi a-t-elle été modifiée le 30 avril 1906. On a organisé des registres spéciaux où le greffier transcrira le warrant. Celui-ci portera le volume et le numéro de la transcription.

Si le warrant est établi par les parties sans avoir recours au greffier, ce warrant ne sera opposable aux tiers qu'après sa transcription au greffe de la justice de paix.

Le législateur de 1906 a songé au régime hypothécaire, lorsqu'il a voté cette loi : cette transcription des warrants produit le même effet que l'inscription d'une hypothèque ou d'un privilège. Le warrantage devient pratique, son organisation étant plus complète que sous la loi de 1898.

Après avoir fait ressortir la tendance actuelle qui supprime de plus en plus la condition tyrannique de la remise de la chose au créancier, examinons maintenant les mesures de publicité requises pour les biens

mobiliers autres que les fonds de commerce et les produits agricoles.

Quid pour les meubles corporels ? « La mise du « créancier gagiste en possession de l'objet du gage (1) « est une condition essentielle de l'existence du contrat ; elle seule procure aux créanciers une sûreté « suffisante ; elle avertit les tiers de la dépossession « du débiteur, et constitue ainsi une mesure de publicité indispensable. [Le privilège ne subsiste sur le « gage, dit l'art. 2076, qu'autant que ce gage a été « mis et est resté en la possession du créancier] ». Il faut donc qu'il y ait tradition par le débiteur de la chose engagée.

Pour les titres au porteur, la mise en possession est exigée, comme pour les meubles corporels. Mais l'assimilation à cette catégorie de biens est-elle complète, c'est-à-dire faut-il leur appliquer l'art. 2074 qui n'exige que le détail des objets corporels donnés en gage ? Ou au contraire les titres au porteur tombent-ils sous le coup de l'art. 2075 qui exige pour les meubles incorporels donnés en gage une signification au débiteur de la créance ? D'après M. Wahl (2), l'art. 2074 doit être appliqué : « Au point de vue de « la forme, le titre au porteur n'est qu'un objet mobilier corporel, assimilable à tous les autres sous le « rapport de la transmission et de la possession ; la « jurisprudence le reconnaît elle-même, quand il

(1) FUZIER-HERMAN : Répertoire de droit français (Du gage, n° 184).

(2) WAHL : Traité des titres au porteur, tome II, n° 1141.

« s'agit d'appliquer les art. 1141 et 2279 et de rejeter
« l'art. 1696. La signification, inutile pour le trans-
« fert de la propriété, serait-elle nécessaire pour le
« transfert à titre de gage, alors qu'incontestable-
« ment elle a dans les deux cas le même but, celui
« de parfaire la convention à l'égard des tiers et
« d'empêcher le débiteur de s'acquitter entre les
« mains du précédent ayant-droit? Cette crainte
« existe-t-elle réellement dans le titre au porteur,
« quand le gagiste a la détention, c'est-à-dire satisfait
« à la seule condition exigée pour que le débiteur soit
« tenu de payer entre ses mains?.... La nécessité
« d'une signification ne pouvant qu'avoir un effet
« désastreux sur les transactions, la loi du 24 mai
« 1863 l'a supprimée, en décidant que pour le gage
« commercial, la tradition suffirait désormais, et
« évidemment ce texte s'applique aux titres au por-
« teur quand le gage est commercial ».

La jurisprudence s'est souvent prononcée en sens contraire, en exigeant qu'une signification soit faite au débiteur (1).

En tous cas en matière commerciale, il est certain que la mise en gage des titres au porteur est valable vis à vis des tiers, par simple tradition.

Quant aux titres nominatifs, aux titres à ordre, aux créances à personne dénommée, ils sont tous soumis à la mise en possession du créancier gagiste. L'art. 2076 s'applique à ces divers biens. Certains

(1) Arrêt de Cassation du 13 janvier 1868 (S. 1868, 1, 131). Dans le même sens que M. Wahl, on trouve un arrêt de la Cour de Lyon du 6 juillet 1889 (D. 1890, 2, 113).

auteurs ont soutenu que l'art. 2076 ne s'applique qu'aux choses susceptibles de possession ; les créances n'en feraient pas partie. Mais cette opinion se heurte aux mots « dans tous les cas » de l'art. 2076. C'est donc la possession du titre qui devra être remise au créancier.

Les autres conditions exigées pour la mise en gage des meubles incorporels, conditions ayant quelque valeur au point de vue de la publicité, ne sont pas les mêmes pour toutes les catégories de créances ; qui plus est, elles varient suivant que le gage est civil ou commercial.

S'agit-il d'un gage civil, la loi exige la rédaction d'un acte, et cet acte, aux termes de l'art. 2075, doit être signifié au débiteur de la créance donnée en nantissement. Cette signification, n'aura pas lieu lorsque le droit donné en garantie n'est pas une créance, comme un brevet d'invention ; l'enregistrement de ce brevet n'est pas exigé : car cette formalité n'a lieu en vertu de la loi que pour les cessions totales ou partielles des brevets. Mais il n'en est pas de même pour les titres nominatifs : un simple transfert de garantie ne suffit pas ; le contrat de nantissement doit être constaté par un acte conforme aux dispositions de l'art. 2075 et signifié au débiteur.

Les formalités sont autres en matière de gage commercial, sauf toutefois pour les créances à personnes dénommées ; celles-ci ne peuvent être données en garantie que dans les formes indiquées par l'art. 2075. Voici ce que l'art. 91 § 3 du C. de com. décide pour les titres nominatifs : « A l'égard des actions, des « parts d'intérêt et des obligations nominatives des

« sociétés financières, industrielles, commerciales ou
« civiles, dont la transmission s'opère par un transfert
« sur les registres de la société, le gage commercial
« peut également être établi par un transfert à titre
« de garantie, inscrit sur lesdits registres. »

Le transfert de garantie sur les registres de la société ou de l'Etat est-il le seul moyen d'établir l'existence d'un gage commercial à l'égard des tiers ? Malgré quelques divergences, la plus grande partie des auteurs et la jurisprudence reconnaissent la possibilité d'établir le nantissement par tous les moyens de preuve de l'art. 109, C. de com. ; quelques-uns sont moins larges et soutiennent que par l'art. 91 § 3, le législateur a voulu seulement laisser les parties libres de se contenter d'un transfert si elles ne préféraient recourir au droit commun ; or le droit commun c'est l'art. 2075 du C. civil.

Enfin à l'égard des valeurs négociables, c'est-à-dire des titres à ordre, l'art. 91 § 2 décide que le gage commercial peut être constitué sur elles par un endossement régulier, indiquant que les valeurs ont été remises en garantie.

Mais cet exposé concernant les modes de publicité des sûretés réelles (autres que les privilèges et les hypothèques), serait sans intérêt pour nous, si nous ne classions pas ces mesures d'après leur valeur vis à vis des tiers.

Sur l'inscription et la transcription, il n'y a pas de doute : elle constituent ce que l'on appelle dans toute l'acception du mot, une véritable publicité ; seules elles ont été organisées par le législateur dans ce but exclusif : avertir les tiers ; d'après ce point de vue,

rentrent évidemment dans cette catégorie tous ces systèmes de publicités résultant de plusieurs lois successives : transcription des contrats d'antichrèse et d'impignoration de plus de trois ans de loyers ou fermages non échus en vertu de la loi de 1855 ; inscription du nantissement des fonds de commerce d'après la loi du 1^{er} mars 1898, enfin transcription au greffe de la justice de paix des warrants agricoles (lois du 18 juillet 1898 et du 30 avril 1906).

En revanche que penser des mesures exigées par la loi pour la mise en gage des meubles corporels, des titres au porteur, des titres nominatifs ou à ordre, des créances à personne dénommée ? Cette tradition, cet endossement, ce transfert, cette signification, quelle valeur ont-ils au point de vue de la publicité ? Pour répondre, il faut se souvenir que les contrats de sûretés réelles sont des contrats accessoires, que le consentement ou plutôt la promesse donnée par un débiteur à son créancier de lui fournir un gage, est sans aucune valeur à l'égard des tiers, tant que le créancier n'aura pas été mis en possession, tant que le transfert n'aura pas été accompli, tant que le titre n'aura pas été endossé. Nous ne contestons donc pas la valeur de ces formalités, en tant que mesures de publicité ; ce caractère leur est indéniable ; mais en même temps elles conditionnent tellement le gage que sans elles, il est impossible de concevoir ce contrat ; ce sont elles qui expliquent l'intention du créancier, lorsqu'il se fait concéder une sûreté réelle. En somme, force est de considérer toutes ces mesures comme des conditions essentielles de ces diverses sûretés. S'il en résulte une publicité, c'est une publicité indi-

recte; elle est loin d'avoir la portée de l'inscription ou de la transcription, mais elle n'en existe pas moins et nous ne saurions la négliger.

Reste un point à noter. On sait qu'une sûreté réelle dont toutes les formalités de publicité ont été accomplies, entraîne pour le créancier qui en est muni, deux droits : le droit de suite, garantissant le créancier contre les aliénations que son débiteur consentirait, et le droit de préférence. Ce dernier seul nous intéresse. Car le point qui nous occupe ici, c'est le rapport entre les créanciers chirographaires de la masse et les autres créanciers du failli qui veulent rester en dehors de la faillite, et éviter ainsi la loi du dividende. Ces deux espèces de créanciers entrent en lutte du jour de la déclaration de faillite; chacune d'elles s'efforce d'être préférée à l'autre en faisant valoir ses droits : c'est donc un examen des droits de préférence, auquel nous nous livrons.

§ 2

De la masse envisagée comme tiers vis-à-vis des autres créanciers du failli

La masse lutte ici contre des droits de préférence; elle doit faire face à des créanciers auxquels le débiteur failli avait consenti valablement des sûretés réelles, mais dont les contrats n'ont pas été publiés conformément à la loi pour être opposables aux tiers. Et si le problème consiste, comme pour les droits de suite, à déterminer à partir de quelle époque le syndic

pourra s'opposer à la publication de ces contrats, les raisons qu'il en faut donner ne sont peut-être pas les mêmes.

Sans reprendre toutes les considérations théoriques données sur le dessaisissement, nous rappellerons les principales thèses émises sur la matière, mais en tant qu'elles intéressent le point qui nous occupe. Nous verrons combien les solutions changent avec chacune d'elles.

M. Hubert qui voit dans la faillite une saisie généralisée ayant tous les caractères d'une saisie ordinaire, explique, de la façon suivante, le passage de la masse, de la catégorie des ayants cause dans celle des tiers : les motifs ne sont pas les mêmes que pour les transferts de propriété ; à l'égard de ceux-ci le dessaisissement résultant du jugement déclaratif suffit à lui seul pour transformer les créanciers chirographaires en tiers ; d'un seul coup le débiteur failli est dessaisi, et tout acte de disposition lui est interdit. Or cette incapacité de disposer de la part du failli vis à vis de son patrimoine ne permet pas d'écarter toutes les mesures de publicité requises en matière de sûretés réelles. Il faut en donner d'autres raisons.

Dans le premier groupe d'hypothèses on voulait s'opposer à l'aliénation des biens par le failli, à leur disparition de l'actif. A notre second point de vue, on désire maintenir l'égalité entre les créanciers. Or dans la saisie immobilière, le débiteur conserve l'administration de son bien, et si après la transcription de la saisie il ne peut plus aliéner son immeuble, il conférera tout au moins des hypothèques. A fortiori

la réquisition d'inscriptions et la publication des autres sûretés réelles ne sont pas empêchées.

Si on examine maintenant les effets de la saisie exécution et de la saisie arrêt, on voit qu'elles mettent obstacle à la mise en possession du gagiste soit par signification pour les créances, soit par tradition pour les meubles corporels. Mais cette conséquence ne s'explique que par la survivance de l'idée d'ensaisissement. Avant d'être devenues des mesures de publicité, la signification et la tradition ont été des conditions essentielles à la validité du contrat de gage même entre les parties : d'où le débiteur étant dessaisi par la saisie ne pouvait pas saisir le gagiste ; depuis que ces mesures ont changé d'utilité, cette explication ne suffit plus pour le point qui nous occupe.

Cherchons donc ailleurs que dans les saisies.

En étendant la faillite à tout le patrimoine du commerçant, meubles et immeubles, le législateur a voulu donner au dessaisissement dans la faillite non plus un effet relatif et partiel comme dans les saisies ordinaires, mais un effet général englobant tous les biens et enlevant au débiteur même l'administration. Ajoutez à cela qu'il ne fallait pas qu'un créancier se constituât une position de faveur au détriment de la masse, et vous comprendrez que tous les créanciers aient été mis par la loi sur un pied d'égalité pour supporter les pertes. Bref les deux idées de saisie générale et d'égalité entre les créanciers, ne se conçoivent pas l'une sans l'autre et réagissent l'une sur l'autre.

Voilà, selon M. Hubert, les motifs qui ont dicté au législateur quelques prescriptions sévères comme

celle de l'art. 448, 1^{er} al., en vertu de laquelle la masse devient un tiers vis à vis des créanciers privilégiés et hypothécaires dès le jugement déclaratif. Quant aux autres sûretés réelles, on donnera les mêmes solutions que pour les transferts de propriété. La masse sera un tiers dès le jugement déclaratif pour toutes les formalités de publicité autres que celles tombant sous le coup de la loi de 1855 ; à l'égard de ces dernières, il faudra attendre l'inscription de l'hypothèque légale de l'art. 490.

Tout autre est l'explication de MM. Thaller et Percerou que nous avons adoptée plus haut ; il est utile de la rappeler : le dessaisissement engendrerait un droit réel et même une impignoration mobilière et immobilière dès la déclaration de faillite, et les conséquences suivantes en résulteraient : l'art. 448, 1^{er} al. est expliqué juridiquement ; car du moment que les créanciers chirographaires ont un droit réel dûment conservé à partir du jugement déclaratif, on comprend que la loi ait arrêté immédiatement le cours des inscriptions de privilège et d'hypothèque.

D'autre part comme la masse devient immédiatement un tiers dans le sens de la loi de 1855, toutes les sûretés réelles quelles qu'elles soient ne pourront plus être publiées.

§ 3

A partir de quand la masse sera-t-elle en état de se prévaloir du défaut de publicité des sûretés réelles ?

Nous sommes obligés pour étudier l'effet de la faillite sur les modes de publicité des sûretés réelles, d'adopter l'explication la plus généralement admise par la doctrine et la jurisprudence. Le résultat, c'est que nous obtiendrons plus de clarté en cette matière, en classant les différentes sûretés en deux groupes : l'un comprendra les cas à l'égard desquels la masse est un tiers (entendu dans le sens de tout intéressé) dès le jugement déclaratif; l'autre, les cas visés par la loi de 1855, et où il faut attendre l'inscription de l'art. 490, pour que la faillite ait gain de cause.

Le premier groupe est de beaucoup le plus important : il renferme la généralité des sûretés réelles ; les exceptions sont constituées par les hypothèses de la loi de 1855.

En tête de la première catégorie, viennent évidemment les meubles corporels. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes à déclarer qu'après le dessaisissement il n'y a plus de mise en possession valable, et comme nous le disions plus haut, les raisons n'en manquent pas. Le débiteur qui a perdu l'administration et la disposition de ses biens, ne peut plus livrer la possession à un créancier ; il n'a plus qualité. Mais à un autre point de vue plus général le créancier qui n'a pas reçu la possession avant la faillite, n'a aucun privilège à invoquer ; s'il le faisait, ce serait en violant

la loi d'égalité entre les créanciers, et aussitôt il trouverait en face de lui un tiers apte à lui répondre, la masse de la faillite.

Cette formalité de la mise en possession n'existe pas seulement en matière de meubles corporels : dans notre aperçu sur les mesures de publicité des sûretés réelles, nous avons montré qu'elle était à la base de tout contrat de gage ou de nantissement, et que s'il y avait des cas où elle n'était plus requise, ce changement s'était opéré à la suite d'une lente évolution vers une publicité meilleure : d'autre part nous sommes d'avis que son caractère de mesure de publicité ne disparaît pas suivant qu'elle intervient dans tel ou tel contrat de gage. Aussi devons-nous en conclure normalement, que toutes les fois que cette condition requise à l'égard des tiers n'aura pas été accomplie avant le jugement déclaratif, il ne sera plus possible de l'exécuter, qu'il s'agisse de créances à personnes dénommées, de titres nominatifs, de titres au porteur, de titres à ordre ou même d'antichrèse ou d'impignoration d'une créance de loyers non échus.

Mais si la mise en possession est l'unique condition pour la dation en gage des meubles corporels et des titres au porteur (bien qu'il y ait controverse pour ces derniers), le législateur a ordonné d'autres formalités pour garantir les tiers contre les autres sûretés réelles ; une des plus importantes est celle édictée par l'art. 2075, C. civ. : signification de l'acte de nantissement doit être faite au débiteur. Par ce qui a été dit plus haut, on sait à quelles créances cette disposition s'applique ; nous n'y reviendrons pas. Qu'il

nous suffise de constater, que le jugement déclaratif empêche la signification.

Les arrêts de jurisprudence abondent sur ce point ; en voici un de la cour d'appel de Bourges, du 24 décembre 1889 (1). Il dit en substance que la constitution en gage d'une créance mobilière faite par le failli au profit de l'un de ses créanciers antérieurement à la faillite, ne peut être opposable à la masse, si elle n'a pas été signifiée au débiteur conformément aux articles 2075, C. civ. et 91, C. de com. antérieurement au jugement déclaratif de faillite.

Lyon-Caen et Renault (2), déclarent que la même solution doit être donnée au cas de nantissement d'une créance qu'au cas de cession transport ; car la même formalité est requise dans les deux articles 2075 et 1690, C. civ.

Il existe des créances commerciales où la formalité de la signification est remplacée par celle de l'endossement ; c'est le cas des titres à ordre. Jadis M. Troplong voulait qu'il y eut une signification pour les titres à ordre comme pour les créances, mais depuis longtemps on a considéré que la formalité de l'endossement à titre de garantie était suffisante. En tous cas la jurisprudence déclare que cette mesure de publicité n'est plus réalisable après la déclaration de faillite. Les motifs de cette décision sont les mêmes que celles déjà exposées pour la signification. (S. 1848, 1, 609).

(1) D. 1890, 2, 247.

(2) Lyon-Caen et Renault : Précis de droit commercial, t. 2, n° 2720.

Quant aux titres nominatifs, c'est le transfert sur les registres de la société qui remplace les formalités de l'art. 2075 ; ce transfert est impossible du jour où le failli a été frappé par le dessaisissement. Les raisons de cette déchéance sont les mêmes que pour l'endossement et la signification.

Nous arrivons à la publicité des warrants agricoles et des fonds de commerce. Bien que ressemblant étrangement au système organisé par le code civil pour les privilèges et les hypothèques ce ne sera pas en vertu de l'art. 448, 1^{er} al., que le cours de ces inscriptions sera arrêté par le jugement déclaratif ; ce résultat provient de ce que la masse est un tiers vis-à-vis des créanciers nantis dès la déclaration de faillite.

La jurisprudence est en ce sens : un arrêt de la cour de Rennes du 26 juin 1902 est très net à cet égard (1).

La question ne se pose plus pour les fonds de commerce : l'art. 448, 1^{er} al., s'applique directement à cette sorte de nantissement. C'est ce qui résulte d'une loi du 17 mars 1909, exécutoire depuis la promulgation d'une loi du 1^{er} avril 1909. Dans son article 11, alinéa 2 elle édicte : « En cas de faillite ou de liquidation judiciaire, les articles 446, 447 et 448 paragra-
« phe 1^{er} du C. de Com. sont applicables aux nantis-
« sements de fonds de commerce. »

Enfin les quelques créanciers rentrant dans le deuxième groupe sont l'antichrésiste et le créancier nanti d'une créance de plus de trois ans de loyers ou

(1) D. 1903, 2, 169.

fermages non échus. Pour ceux-là, le fait d'avoir été cités par la loi de 1855, leur donne un réel avantage. Ils auront un certain laps de temps pour inscrire leur titre, après le jugement déclaratif. Car on sait que la majorité de la doctrine considère la masse comme étant un tiers dans le sens de la loi de 1855, seulement à partir de l'inscription de l'art. 490, C. de com.; auparavant elle n'a pas de droit réel opposable.

En adoptant la théorie de M^{rs} Thaller et Percerou, comme nous l'avons fait, on considérera la masse comme protégée dès le rendu du jugement : car les créanciers chirographaires de la faillite ont un droit réel qui existe et qui est suffisamment conservé à partir de la déclaration ; dès lors l'inscription de l'hypothèque légale n'aura d'importance qu'au point de vue de la responsabilité du syndic, en cas d'action en dommages et intérêts dirigée contre lui pour retard dans l'inscription de l'hypothèque.

Par ce rapide exposé on voit combien les solutions de la pratique, en matière de sûretés réelles, se rapprochent de celles données pour les transferts de propriété. Nous avons procédé à leur égard de la même façon, puisque nous avons pu les diviser en deux groupes suivant la même distinction des tiers considérés tantôt comme de simples intéressés, tantôt comme rentrant dans la définition de l'art. 3 de la loi de 1855. Ces résultats ne sont pas le fait du hasard. Il suffit, pour s'en convaincre, de remarquer que les formes de la constitution des sûretés réelles sont pour chaque sorte de biens à quelques exceptions près, symétriques de celles des aliénations. Ainsi, par exemple, la signification de l'art. 2075 pour la mise en gage des

créances civiles se retrouve dans l'art. 1690, où elle valide la cession transport des créances vis-à-vis des tiers. De même pour les meubles corporels et les titres au porteur avec la mise en possession, pour les titres à ordre avec la formalité de l'endossement, etc.

D'ailleurs les tiers en faveur desquels ces formes sont prescrites, sont à peu près les mêmes dans les deux catégories d'hypothèses, puisque ce sont des droits réels qui tendent à s'établir, droit de propriété d'une part, sûreté réelle d'autre part; comme contre partie, on rencontre toujours le même tiers, c'est-à-dire la masse de la faillite; elle s'efforce de critiquer ces droits réels à cause du tort qu'ils lui portent. Que ces tiers s'appellent des acquéreurs ou des créanciers, s'ils ont omis de publier leur titre, le syndic s'en prévaudra pour faire tomber leur droit de suite ou leur droit de préférence.

§ 4

Examen critique du système sur les sûretés réelles

Tout ce système jurisprudentiel sur les sûretés réelles aurait besoin d'être modifié sur certains points; Il ne présente pas cette unité, qui est le trait caractéristique du système de MM. Thaller et Percerou.

Pourquoi, par exemple, la jurisprudence ne changerait-elle pas les motifs de ses jugements relativement à certains biens? Nous voulons désigner les warrants agricoles. Pourquoi ne leur appliquerait-on pas directement l'art. 448, 1^{er} al. ?

Les lois des 18 juillet 1898 et 30 avril 1906 ont profondément modifié les formes de ce nantissement, jusqu'à en faire, à notre avis une véritable hypothèque mobilière ; et de fait plus de mise en possession ; une simple inscription comme dans une constitution d'hypothèque. On sent l'effort du législateur pour donner à cette sûreté réelle une véritable publicité. Cette tendance est caractéristique des besoins du commerce moderne, qui veut être facilement renseigné sur les ressources d'un négociant. Il est vrai que cette loi sur les warrants agricoles visent surtout les agriculteurs propriétaires ou fermiers ; or ces personnes ne sont pas en général des commerçants ; on aura donc rarement à envisager les conséquences d'une déclaration de faillite sur le warrantage des produits agricoles.

A un point de vue plus général, pourquoi n'étendrait-on pas directement l'art. 448, 1^{er} al., à toutes les autres hypothèses de sûretés réelles, mise en gage des meubles corporels, de titres à ordre, de créances, etc. ? Il y aurait sans doute matière à contestation, toutes les formalités de publicité comme le transfert, l'endossement, la tradition, étant loin d'avoir la force d'une inscription d'hypothèque ou de nantissement de fonds de commerce. Qu'il nous suffise de regretter que la loi ait oublié ces mesures ; car le dessaisissement opère à leur égard le même effet que vis-à-vis des inscriptions ; dans tous les cas il s'agit de constitution de privilèges.

Nous nous permettrons une dernière observation. Elle est relative à l'antichrèse et à l'impignoration de loyers ou fermages non échus. Pourquoi ces deux sortes de créanciers ont-ils un sort différent des

autres ? Pourquoi, alors que les autres sûretés réelles ne peuvent plus être publiées valablement, dès le jugement déclaratif, ceux-là conservent-ils le droit de transcrire leur titre jusqu'à l'inscription de l'hypothèque légale de l'art. 490, C. de com. ? Il y a là une différence de traitement en faveur de ces derniers. Est-ce parce qu'ils sont soumis à la transcription en vertu de la loi de 1855 ? L'argument est vraiment faible. Si le législateur a parlé de transcription c'est qu'il s'agissait d'immeubles. Mais il ne fallait pas s'y méprendre, et cette transcription n'est au fond qu'une inscription semblable à celle des hypothèques et des privilèges. On devrait donc rétablir l'égalité de traitement entre tous les créanciers. Ce n'est pas parce que le créancier antichrésiste jouit d'un droit de rétention et non d'un véritable privilège qu'il faut lui créer une situation de faveur ; pratiquement le résultat est le même, au point de vue des créanciers de la masse ; ces derniers voient s'enfuir une partie de leur gage qui leur serait très utile. Avec la théorie de MM. Thaller et Percerou, on évite ce défaut d'harmonie puisque la masse est un tiers dans le sens de la loi de 1855 dès le jugement déclaratif.

De toutes ces recherches, il résulte que le grand principe en matière de publicité de sûretés réelles, est celui de l'égalité des créanciers devant le jugement déclaratif de faillite. Impossibilité de se constituer une situation de faveur dès le jour où le tribunal de commerce a proclamé le dessaisissement. Cet arrêt brusque dans l'accomplissement des formalités de publicité peut surprendre certains créanciers de bonne foi ; le régime de la faillite est vraiment sévère à leur

égard, d'autant plus qu'ils n'ont aucune négligence à se reprocher. Ne serait-il pas souhaitable que l'art. 74 du projet de la commission extraparlamentaire du cadastre soit accepté par le législateur ? (1) Encore faut-il reprocher à cet article de ne parler que des privilèges et des hypothèques.

(1) Voir plus haut p. 53.

APPENDICE

Faut-il étendre le 2^e alinéa de l'art. 448 aux autres formalités de publicité que l'inscription de privilèges et d'hypothèques ?

Dans notre introduction, nous annonçons qu'un problème analogue à celui que nous venons d'examiner pour le 1^{er} alinéa de l'art. 448, se posait pour le 2^e alinéa de ce même article. Ce texte dit en effet en propres termes que « les inscriptions prises après « l'époque de la cessation des paiements ou dans les « dix jours qui précèdent, pourront être déclarées « nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre « la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du « privilège et celle de l'inscription ». Or il y a d'autres formalités de publicité que l'inscription des privilèges et des hypothèques : ce sont celles requises en matière

de transferts de propriété et de sûretés réelles (nous les avons exposées plus haut). Il peut arriver qu'un acte de vente d'immeuble valablement conclu ait été transcrit plus de quinze jours après sa signature, et durant la période suspecte; de même pour une signification de cession de créance, pour une transcription de délégation de loyers ou fermages non échus, etc... Allons-nous étendre cette deuxième cause de nullité de l'art. 448 à toutes ces mesures, ou bien au contraire ne nous en tiendrons nous qu'aux termes stricts de la loi?

A la simple lecture, on se rend compte immédiatement que cette disposition législative est un correctif du 1^{er} alinéa; c'est en quelque sorte une exception au principe que les formalités de publicité ordonnées par la loi pour rendre un privilège ou une hypothèque opposable aux tiers, peuvent être accomplies utilement jusqu'au jour du jugement déclaratif. Il était donc impossible, quant au problème qui nous occupe, d'étudier en même temps ces deux nullités; leurs points de départ étaient trop différents l'un de l'autre.

D'un autre côté les motifs qui ont inspiré les rédacteurs de la loi de 1838, ne sont pas les mêmes pour les deux alinéas; par la première disposition de l'art. 448, la loi a voulu que la plus grande égalité possible soit réalisée entre les créanciers d'une faillite; aussi a-t-elle arrêté brusquement le cours des inscriptions au jour du jugement déclaratif. Par la deuxième disposition, on a désiré atteindre des catégories d'actes qui ont été passés soit par mauvaise foi soit par négligence, et c'est indirectement que des créanciers pourvus de privilèges ou d'hypothèques, rentreront dans

la masse. Pour s'en convaincre reportons nous aux paroles mêmes de M^r Quenault (1), rapporteur devant la Chambre des Députés de 1838 ; il justifie ainsi l'addition proposée par la commission, qui avait été nommée à la suite de la première discussion de l'art. 448 pour examiner les divers amendements présentés :
« Déjà dans les articles 446 et 447 précédemment adop-
« tés, la Chambre a tracé une ligne de démarcation
« entre les actes qui, à raison du caractère qu'ils pré-
« sentent de fraude, de lésion pour la masse, doivent
« être déclarés nuls, et ceux qui, pouvant avoir été faits
« de bonne foi, et sans préjudice pour la masse, peu-
« vent être déclarés valables. Ceux-ci même, s'ils exi-
« gent encore, pour être pourvus de leurs effets vis-à-
« vis des tiers, un complément, tel que l'inscription
« des hypothèques qui a pour objet de leur donner
« de la publicité, peuvent être encore à raison du
« retard apporté à cette inscription, l'objet, le moyen
« de certaines fraudes. En effet on a pensé que si
« l'inscription était retardée, il y aurait moyen de
« ménager à un débiteur commerçant un crédit appa-
« rent, mensonger, qui pourrait induire les tiers en
« erreur sur sa véritable situation. On a donc senti
« la nécessité d'ajouter, relativement à la publicité des
« hypothèques une disposition spéciale qui ne permit
« pas à un débiteur au-dessous de ses affaires de con-
« server un crédit apparent par la complaisance que
« pourraient mettre les prêteurs à retarder les ins-

(1) On les trouve dans le Traité des faillites et banqueroutes par M. Renouard, t. 1. p. 367.

« criptions jusqu'à la veille, jusqu'au jour même du
« jugement déclaratif de faillite ; on a senti la nécessité
« d'apporter une limite et une restriction au droit de
« prendre inscription sur un débiteur près de faillir.
« C'est là l'objet des divers amendements qui ont été
« proposés. »

Enfin une autre différence est à relever entre ces deux nullités de l'art. 448. La 1^{re} n'est qu'un effet de la déclaration de faillite dans l'avenir, les actes atteints sont tous ceux postérieurement accomplis au jugement. La deuxième dont nous nous occupons, est bien toujours un effet du jugement déclaratif, mais un effet se produisant dans le passé. Elle s'attaque à des actes qui ont été faits en temps suspect ; la loi détermine cette époque et elle soumet les actes passés par le commerçant pendant cette période à un régime spécial ; en principe ils sont valables, mais sous certaines conditions, les créanciers jouissent pour les faire tomber d'actions en nullité analogues à l'Action Paulienne.

En revanche, comme pour le 1^{er} alinéa, les actes dont nous aurons à faire état, devront être valables en eux-mêmes ; il faudra qu'ils aient franchi toutes les nullités dressées par la loi pour atteindre les actes passés par le failli ; nullité obligatoire de l'art. 446, c. de com. pour certains actes, nullité facultative de l'art. 447 pour tous les autres.

Avant d'examiner les solutions pratiques des différents cas, il est utile de connaître les théories émises sur notre sujet par les auteurs.

Nous placerons ici une opinion de M^r Thaller (1), très curieuse par ses résultats. D'après lui, la masse doit être considérée comme un tiers à l'effet d'attaquer les actes sujets à transcription ou à signification non seulement quand ces actes sont transcrits ou signifiés après le jugement déclaratif, mais aussi quand ils le sont pendant la période suspecte, s'il s'agit du moins d'opérations de la nature de celles que la loi annule en vertu de l'art. 446. Voici par exemple une donation immobilière ; elle a acquis date certaine avant l'ouverture du temps suspect ; elle sera sans valeur au regard de la masse, d'après M^r Thaller, si la transcription a eu lieu pendant la période suspecte.

C'est dire que l'art. 446 frappe à la fois de nullité et les actes passés en temps suspect, et ceux qui, bien qu'antérieurs au 10^e jour précédent la cessation des paiements, ne prennent force à l'égard de la masse que durant ce même temps. La transcription, la signification de tels actes pendant la période suspecte, serait donc frauduleuse, comme les actes eux-mêmes remplissant les conditions de l'art. 446.

Cette opinion nous semble peu admissible. M^r Thaller oublie que l'art. 446 édicte une déchéance, et que sa thèse ne tend rien moins qu'à étendre cette disposition à des hypothèses qui ne sont pas prévues dans le texte.

Mais on peut faire d'autres objections à cette thèse.

L'art. 446 a déclaré nuls comme frauduleux les

(1) V. Thaller : *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 842, note 2.

actes eux-mêmes consentis pendant la période suspecte, et non pas les formalités de ces actes. Lorsque le législateur a appliqué la présomption de fraude et à l'acte lui-même et à la formalité qui en assure la publicité, il l'a déclaré formellement. Tel est le cas des hypothèques. Dans l'art. 446, 3^e alinéa, il proclame la nullité des hypothèques consenties pendant la période suspecte pour dettes antérieures, tandis que plus loin c'est-à-dire dans l'art. 448, il déclare annulables les inscriptions d'hypothèques prises en temps suspect « quand il s'est écoulé plus de quinze jours entre « la date de l'acte constitutif et celle de l'inscription. »

A un autre point de vue, la volonté du législateur est encore plus significative; la nullité de l'art. 446, 3^e alinéa, est obligatoire pour toutes les hypothèques consenties en temps suspect pour dettes antérieures quelque soit l'intervalle entre la naissance de la dette et celle de l'hypothèque; au contraire la nullité de l'art. 448, 2^e al., comme nous l'avons déjà vu, est facultative; elle n'atteint que les inscriptions prises plus de quinze jours après la constitution de l'hypothèque; c'est donc que la loi n'a pas voulu soumettre au même régime l'opération elle-même et sa publicité; et par suite étendre *de plano* la présomption de fraude qu'il édicte contre l'acte lui-même à la mesure qui le rend opposable aux tiers.

Nous repousserons donc l'opinion de M^r Thaller.

Les auteurs qui étendent l'art. 448, 2^e al., à toutes les formalités de publicité, sont rares. Parmi eux M^r Bravart-Veyrières (1) se prononce nettement en fa-

(1) V. Bravard-Veyrières : Traité de droit commercial, t. V, p. 300 et la note.

veur de cette thèse. Après avoir résolu le problème pour le 1^{er} alinéa de l'art. 448, il conclut en ces termes :
« J'appliquerai donc par identité de motifs la même
« décision à la transcription des donations d'immeu-
« bles, à la signification d'une cession de créance ;
« cette transcription, cette signification pourra se
« faire utilement depuis la cessation des paiements
« ou dans les 10 jours précédents, mais dans ce cas
« elle courrait risque d'être annulée si elle avait eu
« lieu plus de quinze jours après la donation ou
« après la cession, sauf l'augmentation à raison de
« la distance entre le lieu où le droit a été acquis et
« celui où la formalité doit être remplie. » M^r Deman-
geat, l'annotateur du traité de M^r Bravart-Veyrières,
réfute cette opinion. Il refuse aux interprètes le droit
d'étendre une cause de nullité à d'autres cas que ceux
que le législateur a énoncés, surtout lorsque la loi est
partie pour l'instituer, d'une présomption qu'elle pose
elle-même.

Toujours dans le même sens on rencontre Bédar-
ride (1) ; après avoir déclaré que la faculté d'inscrire
dans la quinzaine du titre s'applique aux hypothèques
pour dettes antérieures, comme à celles pour dettes
nouvelles, aux titres judiciaires comme aux titres
conventionnels, avec cette différence cependant que
le titre pour dettes antérieures doit être consenti et le
jugement pour l'hypothèque judiciaire obtenu avant
la cessation des paiements et les dix jours qui l'ont

(1) Bedarride : Traité des faillites et banqueroutes, 5^e édition.
t. I, p. 225.

précédée, il ajoute : « Tout ce que nous avons dit de
« la constitution d'hypothèque reçoit par parité de
« motifs une application nécessaire aux privilèges,
« *aux nantissements, aux droits d'antichrèse*. Tous
« ces droits ayant une même origine, un but com-
« mun, sont passibles des mêmes exceptions et régis
« par les mêmes principes. »

Mais la théorie qui prévaut en doctrine est celle de l'inextension de l'art. 448, 2^e al., aux autres formalités que l'inscription de privilèges et d'hypothèques. Sans doute il peut y avoir collusion frauduleuse entre le débiteur failli et le créancier : cette collusion est ou n'est pas imaginaire, mais « comme il s'agit de nul-
« lités, écrit Guillouard, elles ne peuvent être éten-
« dues en dehors des textes qui les édictent... l'inter-
« prétation extensive est inadmissible en matière de
« nullités d'acte. » Evidemment en présence d'un texte aussi formel que celui de l'art. 448, le législateur n'a pas visé d'autres cas que les privilèges et les hypothèques. Il en résulte que les transferts de propriété immobilière soit à titre gratuit soit à titre onéreux, échappent à cette nullité ; de même la mutation en douane pour la vente d'un navire, l'enregistrement de la cession d'un brevet d'invention, la signification ou l'acceptation dans un acte authentique de la cession ou de la constitution en gage d'une créance, la transcription d'une délégation de loyers ou fermages non échus pour plus de trois ans.

Seulement à l'encontre de M^{rs} Lyon-Caen et Renault (1) qui refusent l'extension de cette nullité

(1) Lyon-Caen et Renault : Traité de droit commercial, 3^e édition, t. VII, n^o 415 bis.

même aux nantissements de fonds de commerce, nous nous croyons autorisés à adopter une autre solution, surtout depuis un arrêt de la Cour de Cassation des 15 et 23 juillet 1907, que nous étudierons plus loin; cette décision justifie de la part du juge une plus large interprétation de l'art. 448, 2^e al.

D'ailleurs pourquoi ne pas appliquer cette disposition, toutes les fois qu'on se trouve en présence d'un système de publicité analogue à celui des privilèges et des hypothèques? Ce n'est pas parce que l'inscription de nantissement de fonds de commerce n'existait pas en 1838 qu'il faut valider une inscription tardive, ou encore parce que le privilège ainsi garanti est un privilège mobilier alors que l'art. 448, 2^e alinéa ne vise que les privilèges immobiliers.

Lorsqu'il y a constitution de sûretés réelles, sans dessaisissement du débiteur et que le législateur a porté à la connaissance des tiers cette garantie au moyen d'une inscription sur un registre public à ce destiné, les raisons devraient être suffisantes pour que l'art. 448, 2^e al. s'applique.

Ainsi depuis une loi récente du 30 avril 1906 sur les warrants agricoles, ne faut-il pas assimiler la transcription du warrant sur des registres spéciaux, à l'inscription soit hypothécaire soit de nantissement de fonds de commerce? N'a-t-elle pas la même valeur au point de vue des tiers? Ne faudrait-il pas annuler la transcription opérée plus de quinze jours après la constitution du warrant?

Voyons à présent quelles solutions sont adoptées par la jurisprudence :

1^o Pour la donation d'immeubles, nous trouvons

un arrêt de la cour de Rouen du 7 avril 1856 (1), où il est dit en substance qu'une donation d'immeubles faite par une personne depuis tombée en faillite peut être utilement transcrite après l'époque de la cessation des paiements du donateur, et que l'art. 448, C. de com. qui confère aux juges le droit d'annuler les inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements du failli ou dans les dix jours qui l'ont précédée, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre, etc., ne peut être étendu, sous prétexte d'analogie, à la transcription d'une donation.

2° Pour la transcription d'une vente immobilière, pas d'arrêt en la matière, mais comme les raisons de décider sont les mêmes que pour la donation d'immeubles, la solution serait la même qu'au numéro précédent.

3° De même la transcription d'une délégation de loyers ou fermages non échus consentie pour une durée de plus de trois ans, est valable quoique faite plus de quinze jours après la constitutions du gage et en temps suspect. Un arrêt de la cour de Paris du 8 juin 1899 est en ce sens (2); les juges ont considéré que cette délégation n'est ni un privilège, ni une hypothèque et que l'obligation de la transcrire, quand elle s'applique à une durée de trois ans, est inopérante à donner à l'acte ainsi transcrit, le caractère d'une de ces causes de préférence.

4° Il n'y a pas de jurisprudence en matière de cession de créances; nous croyons que les tribunaux se

(1) S. 1857, 2. 41.

(2) D. 1901, 2. 203.

prononceraient pour la validité d'une telle cession, quand bien même la signification serait faite plus de quinze jours après l'acte constitutif et en temps suspect. Les auteurs sont en ce sens (1).

5° La même solution doit être donnée pour l'enregistrement de la cession d'un brevet d'invention. Pas d'arrêt en la matière.

6° Quant à la mutation en douane requise pour la vente de navires, si on la considère comme une formalité de publicité nécessaire pour le transfert de propriété à l'égard des tiers, elle est valable même accomplie plus de quinze jours après l'acte de vente ; car elle a les mêmes caractères que la transcription immobilière. Nous n'avons pas trouvé d'arrêt.

7° Si nous passons à la constitution en gage d'une créance, il y a un arrêt de la Cour de Cassation du 20 janvier 1886 (2). « Sur la deuxième branche, dit cet « arrêt, (violation de l'art. 448, 2^e al. C. de com. en « ce que l'arrêt attaqué a déclaré valable le nantis-
« sement d'une créance dont le titre avait été remis
« en la possession du créancier plus de quinze jours
« après le contrat de gage). — Attendu qu'en appel
« comme en première instance, le demandeur en
« cassation, pour faire prononcer la nullité du con-
« trat de gage, s'est toujours exclusivement fondé sur
« l'art. 446, C. de com. ; qu'ainsi le moyen pris de la
« violation de l'art. 448 est nouveau, et, par consé-
« quent non recevable. »

(1) Lyon-Caen et Renault : t. VII, n° 415 bis.

(2) S. 1886, I. 305.

Sous cette forme, on peut dire que la Cour Suprême ne s'est pas prononcée. Elle a écarté comme nouveau le moyen de cassation tiré de la violation de l'art. 448, 2^e al. lequel était mélangé de fait et de droit. Dans une note sous cet arrêt, M^r Lyon-Caen déclare que « s'il n'eût pas été nouveau, il eût du être repoussé. L'art. 448, 2^e al., ne parle que des droits soumis « à l'inscription, c'est-à-dire des hypothèques et des « privilèges immobiliers: il est arbitraire de l'étendre à des formalités autres que l'inscription. C'est « ainsi qu'on a refusé d'appliquer cette disposition à « la signification d'une cession de créances ou d'une « constitution d'une créance en gage. »

Un arrêt plus ancien de la Cour de Cassation du 18 juin 1862 (1) était formel; il déclarait catégoriquement que l'art. 448, 2^e al., ne s'appliquait pas.

8° Le contrat d'anthichrèse échappe également à notre nullité.

9° *Quid* de l'inscription de nantissement de fonds de commerce? Nous insisterons particulièrement sur cette formalité; elle est intéressante à notre point de vue à cause de l'évolution jurisprudentielle qui a abouti à l'arrêt de la Cour de Cassation des 15 et 23 juillet 1907 (2). Pour notre exposé, nous suivrons la note de M^r Loynes dans Dalloz, relative à l'arrêt précité.

Tout le monde connaît la loi du 1^{er} mars 1898. Elle édicte que le nantissement de fonds de commerce doit

(1) D. 1862, 1, 424.

(2) D. 1907, 1, 393, note de M. de Loynes.

être inscrit sur un registre public au greffe du tribunal de commerce, dans le ressort duquel le fonds est exploité, à peine de nullité à l'égard des tiers.

Après quelques hésitations de la part des tribunaux, on reconnut d'une manière définitive, que cette inscription remplaçait et la mise en possession du créancier gagiste, et la signification exigée seulement pour la mise en gage d'une créance. D'où la question suivante : fallait-il lui appliquer les mêmes règles qu'aux formalités qu'elle remplace, ou au contraire tombait-elle sous l'application de l'art. 448, 2^e alinéa?

Plusieurs opinions ont été émises par les auteurs, et, comme elles n'ont la prétention que de régler le sort de l'inscription de nantissement de fonds de commerce, on nous permettra d'intercaler ici cet exposé doctrinal.

1^o D'après les uns, il serait impossible d'appliquer la nullité de l'art. 448, 2^e al. à l'inscription de nantissement prise plus de quinze jours après la date de l'acte constitutif et en temps suspect. Voici leurs arguments.

D'abord il ne faut pas déroger au principe général d'après lequel les formalités requises pour qu'un droit soit opposable aux tiers, peuvent être remplies jusqu'au jour du jugement déclaratif.

Ensuite l'art. 448, 2^e al. édicte une nullité : or, les nullités sont de droit strict et ne peuvent être étendues par analogie à d'autres cas que ceux visés par les textes ; aussi, la disposition dont il s'agit, n'atteint-elle que les privilèges immobiliers et les hypothèques ; c'étaient les seules sûretés réelles soumises à inscription qui existaient en 1838. L'inscription de nantis-

sement échappe donc à notre nullité. De plus l'art. 448, 2^e al. ne saurait être étendu à un privilège dont l'inscription est faite sur un autre registre que celui de la conservation des hypothèques.

Enfin cette inscription est de nature spéciale; elle remplace la signification et la mise en possession des art. 2075 et 2076 du Code civil et elle doit en suivre les règles.

2° Selon certains auteurs, comme M. Planiol (1), le nantissement de fonds de commerce n'est au fond qu'une hypothèque. La dénomination donnée par le législateur à la loi du 1^{er} mars 1898, est inexacte. Ce nantissement a lieu sans le dessaisissement du débiteur. Or n'est-ce pas là un trait caractéristique de l'hypothèque? Dans le gage au contraire, la mise en possession du créancier est obligatoire à peine de nullité à l'égard des tiers.

Il en résulte que la nullité du 2^e alinéa s'appliquera à l'inscription de nantissement, bien qu'il s'agisse d'un privilège mobilier que la loi de 1838 n'a pas prévu, et ne pouvait pas prévoir.

On serait mal venu à ne pas le faire, pour cette raison que ce privilège est mobilier, postérieur au vote de l'art. 448, et inscrit au greffe du tribunal de commerce au lieu de l'être à la conservation des hypothèques.

3° M. de Loynes ne va pas aussi loin que M. Planiol. « Quelque séduisant que soit le rapprochement entre
« ces deux droits, nous ne croyons pas que le nantis-

(1) Planiol : Traité élémentaire de droit civil, 4^e édit., t. II, n° 2709.

« sement d'un fonds de commerce constitue une « hypothèque. » Il n'existe pas d'hypothèque mobilière; pour qu'il y en eût, il faudrait un texte formel de loi comme ceux du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime.

Le législateur de 1898 a entendu régler un contrat de nantissement : cette intention ressort nettement et de la dénomination de la loi nouvelle, et de son insertion à la suite de l'art. 2075 relatif au gage, et du fait que le créancier nanti d'un fonds de commerce ne jouit pas du droit de suite.

Mais il n'en faut pas conclure que l'inscription de nantissement échappe à l'art. 448, 2^e al. Quoique exceptionnelle cette disposition a une grande portée. Elle vise non seulement les sûretés réelles existant lors de sa promulgation, mais encore toutes celles qui instituées postérieurement à 1838, ont été portées à la connaissance des tiers au moyen d'une inscription, sans dessaisissement du débiteur. Peu importe que cette inscription ait lieu sur des registres autres que ceux des hypothèques. L'article dispose en termes généraux, et cette interprétation en même temps qu'elle est logique, répond aux intentions du législateur, qui a voulu par cette nullité prévenir les fraudes et éviter que les tiers ne soient trompés par l'apparence d'un faux crédit. Il s'ensuit que le 2^e al. de l'art. 448 s'appliquera lorsque les conditions requises seront suffisamment établies, c'est-à-dire lorsque l'inscription de nantissement de fonds de commerce aura été prise plus de quinze jours après l'acte constitutif et pendant la période suspecte ou dans les dix jours qui l'ont précédée.

Nous ne nous arrêterons pas à l'objection d'après laquelle l'inscription prescrite par la loi de 1898 remplace la signification et la mise en possession des art. 2075 et 2076, et par suite peut être exécutée jusqu'au jour du jugement déclaratif, comme ces formalités. L'art. 448 a été écrit spécialement pour l'inscription : or, il n'y a pas de texte semblable pour la mise en possession requise *dans tous les cas*, sauf dans notre hypothèse.

On pourrait encore opposer que la loi de 1898 ordonne l'inscription du nantissement et non celle du privilège. Cette observation est sans valeur ; car le texte parle de nullité *à l'égard des tiers* ; c'est donc que cette nullité du nantissement se confond avec celle du privilège, qui seul est de nature à nuire aux tiers. Entre les parties, le contrat est parfait par le seul consentement.

D'ailleurs l'action en nullité de l'art. 448, 2^e al. s'exercera vis-à-vis des inscriptions de nantissement de fonds de commerce dans les mêmes conditions que pour les inscriptions de privilèges et d'hypothèques. Ainsi la simple négligence de la part du créancier nanti, le mettra en faute : la mauvaise foi n'est pas nécessaire. Le juge tiendra compte des circonstances, et la nullité ne sera admise que si les tiers ont éprouvé un préjudice après avoir été induits en erreur.

Cette solution est devenue définitive depuis l'arrêt de la Cour de Cassation de juillet 1907. Mais auparavant de nombreuses cours d'appel avaient déjà examiné la question et l'avaient résolue en ce sens. Un arrêt caractéristique est celui de la Cour de Dijon du

17 mai 1901 (1). Nous y relevons les motifs suivants :
« Attendu il est vrai que la loi précitée (loi du 1^{er}
« mars 1898), n'indique pas le délai dans lequel l'ins-
« cription du nantissement doit être prise, mais que
« ce silence s'explique tout naturellement si l'on con-
« sidère que le législateur en pareil cas s'est inspiré
« des principes qui en droit civil régissent l'inscrip-
« tion des privilèges et des hypothèques, laquelle n'est
« soumise non plus à aucun délai et peut être utile-
« ment requise à toute époque tant qu'il n'est pas
« survenu d'événements formant un obstacle légal à
« ce que le droit du créancier privilégié ou hypothé-
« caire puisse être inscrit avec efficacité; que s'ap-
« puyant sur ce raisonnement on en arrive naturel-
« lement à considérer que le créancier est libre d'ap-
« précier l'opportunité du moment où il devra pren-
« dre son inscription, à la condition toutefois par
« exemple, que cette inscription soit faite avant la
« déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire
« de celui qui a constitué le nantissement ou qu'elle ne
« se trouve pas dans des conditions qui permettraient
« aux termes de l'art. 448 du C. de com. d'annuler une
« inscription de privilège ou d'hypothèque. »

On rencontre encore une décision du tribunal de commerce de Nantes confirmée par un arrêt de la Cour de Rennes en 1902 (2).

Toutes ces discussions théoriques sur l'extension ou la non extension du 2^e al. de l'art. 448 à l'inscription de nantissement de fonds de commerce ont pris

(1) D. 1901, 2, 472.

(2) D. 1903, 2, 183.

fin avec la mise à exécution de la loi du 17 mars 1909; d'après ce nouveau texte législatif, l'inscription devra être prise à peine de nullité du nantissement, dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif (art. 11, 1^{er} alinéa). On voit immédiatement la conséquence de cette prescription; c'est que dans tous les cas, même en dehors de la faillite, ce délai de quinzaine entre l'acte constitutif et son inscription s'imposera aux créanciers. L'art. 448, 2^e al. n'aura plus l'occasion de s'appliquer à l'inscription de nantissement de fonds de commerce, puisque cette dernière entraînera toujours la nullité du nantissement par le seul fait de son accomplissement en dehors des limites du délai fixé par le projet de loi.

Notons en passant qu'un délai semblable avait été proposé en 1903 à la Société d'Etudes législatives par M^r Percerou dans son rapport sur le nantissement des fonds de commerce; dans l'art. 5 du projet, on y lit :
« Le nantissement doit sous peine de déchéance être
« inscrit au greffe dans le délai de quinze jours à par-
« tir de la date de l'acte constitutif. »

Reste à envisager un dernier point. Il est relatif à l'effet de la nouvelle loi dans le passé. N'y aura-t-il pas encore des cas où l'arrêt de la Cour de Cassation des 15 et 23 juillet 1907 conservera toute son importance, le nouvel article 11 ne pouvant pas s'appliquer?

De prime abord, il est certain que toutes les faillites en cours lors de l'application de la loi nouvelle, seront réglées d'après les anciens textes; car aucune disposition législative n'a d'effet rétroactif.

Mais il peut se présenter un cas plus rare dont il faudra régler le sort :

Supposons en effet une faillite survenue peu après l'application de la loi, et dont la période suspecte remonte plusieurs mois en arrière. Si nous envisageons une inscription de nantissement de fonds de commerce prise pendant cette période suspecte ou dans les 10 jours qui l'ont précédée, et plus de quinze jours après la constitution du gage, que va-t-elle devenir ? Nous ne croyons pas que le syndic aura le droit d'en invoquer la nullité en vertu de l'art. 11, 1^{er} al. de la nouvelle loi. Le créancier nanti a un droit acquis, lequel ne peut être attaqué qu'en s'appuyant sur l'art. 448, 2^e al. comme l'a fait l'arrêt de Cassation de 1907.

Cette question aura son importance ; car la nullité de l'art. 448 est une nullité facultative, laissée à l'appréciation des juges, moins forte assurément que celle édictée par l'art. 11, 1^{er} al. du projet.

Conclusion. — Constatons en terminant cette étude, combien les textes de nos lois ont besoin d'être régénérés.

Ce 2^e al. de l'art. 448, qui était assez large en 1838, est devenu insuffisant en présence du développement de ces systèmes de publicité, organisés spécialement pour renseigner les tiers sur le crédit réel de telle personne, de tel commerçant ; car à l'heure présente, depuis la loi du 30 avril 1906, les warrants agricoles ont besoin d'être rendus publics.

N'y aurait-il pas un dernier pas à faire ? Pourquoi ne pas frapper de nullité toute transcription de propriété immobilière non accomplie dans la quinzaine de

la date du titre, et opérée en temps suspect? Pourquoi la signification d'une cession ou d'une constitution en gage d'une créance, l'enregistrement d'une cession de brevet d'invention, la mutation en douane pour la vente d'un navire, et même la mise en possession d'un objet corporel, qui ne sont après tout que des formalités de publicité nécessaires pour la validité de ces contrats à l'égard des tiers, échapperaient-ils à cette nullité. On objecte que pour la mise en possession, la preuve d'une telle mesure est difficile à établir; sans doute, mais c'est un système de preuves à organiser.

En tous cas les raisons d'étendre cette nullité de l'art. 448 à toutes les mesures de publicité, sont très fortes. Il suffit de constater combien les commerçants consentent peu d'hypothèques, à côté du grand nombre de gages mobiliers, qu'ils fournissent en garantie de leurs dettes. Or dans toutes les hypothèses, il peut y avoir de la part du créancier ou de l'acquéreur, une négligence entraînant un préjudice à l'égard de la masse de la faillite, ou une collusion frauduleuse. On éviterait peut-être ces abus, si le créancier ou l'acquéreur avaient moins de latitude pour publier leur contrat de gage ou de transfert.

Il ne reste plus que l'Action Paulienne. Et telle formalité de publicité pourrait être attaquée en vertu de l'art. 1167, si elle a été faite à la suite d'une entente entre le débiteur et le créancier pour frustrer les autres créanciers de la faillite. C'est, croyons-nous, ce qu'il faut déduire d'un arrêt de la Cour de Cassation du 16 novembre 1892 (1) où il est dit : « Sur le second

(1) D. 1893, 1, 68.

« moyen tiré de la violation de l'art. 1690, C. civ.
« et 446, C. de com.... Qu'il suit de là que les cessions
« de créances consenties par le failli leur sont op-
« posables quand même elles auraient été signifiées
« pendant la période fixée comme étant celle de la
« cessation des paiements, *pourvu que la signification*
« *en soit faite sans fraude avant le jugement déclá-*
« *ratif, etc...* » Cette expression « sans fraude » in-
dique suffisamment que dans certains cas la signifi-
cation pourra être annulée.

Mais les preuves qu'exige l'Action Paulienne, sont
plus rigoureuses que celles requises pour l'action en
nullité de l'art. 448, 2^e al. Ainsi il faut un concert
frauduleux entre le créancier et son débiteur; la
simple négligence ne suffirait pas comme dans notre
article.

Enfin un point est à signaler : c'est que dans toutes
les législations étrangères, on ne trouve pas de déci-
sion analogue à notre second alinéa de l'art. 448, C. de
com., sauf en Belgique avec l'art. 447, 2^e al. Il est vrai
que ce pays est régi par le Code de commerce Français
modifié sur plusieurs points par des lois successives.
Le nouveau Code Italien ne présente rien de semblable
ni aucune des législations qui ont subi l'influence du
droit germanique. A notre avis il y a là une lacune
des lois étrangères.

Vu : Le Doyen,
Lyon, le 19 novembre 1909.
FLURER.

Vu : Le Président de la Thèse,
Lyon, le 18 novembre 1909.
Em. COHENDY.

Permis d'imprimer :
Lyon, le 20 novembre 1909.
Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,
JOU'BIN.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.	II
-----------------------	----

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I

Principe devant servir à la solution de notre problème.	15
---	----

CHAPITRE II

Théories sur le dessaisissement.	19
--	----

DEUXIÈME PARTIE

Des transferts de propriété.

CHAPITRE I

Des modes de publicité des transferts.	33
--	----

CHAPITRE II

A partir de quel moment la masse sera-t-elle en état de se prévaloir du défaut de publicité?	41
--	----

CHAPITRE III

Examen critique du système sur les transferts de propriété

§ I Critiques	51
§ II Modifications proposées dans certains projets de loi	52

§ III Plan de réformes.	56
§ IV Solutions données par diverses législations étrangères	59

TROISIÈME PARTIE

Des constitutions de sûretés réelles (hormis les privilèges et les hypothèques)

§ I Des modes de publicité des sûretés réelles.	66
§ II De la masse envisagée comme tiers vis-à-vis des autres créanciers du failli	76
§ III A partir de quand la masse sera-t elle en état de prévaloir du défaut de publicité des sûretés réelles	80
§ IV Examen critique du système sur les sûretés réelles.	85

APPENDICE

Faut-il étendre le 2 ^e aliné de l'art. 448 aux autres formalités de publicité que l'inscription de privilèges et d'hypothèques ?.	89
--	----

